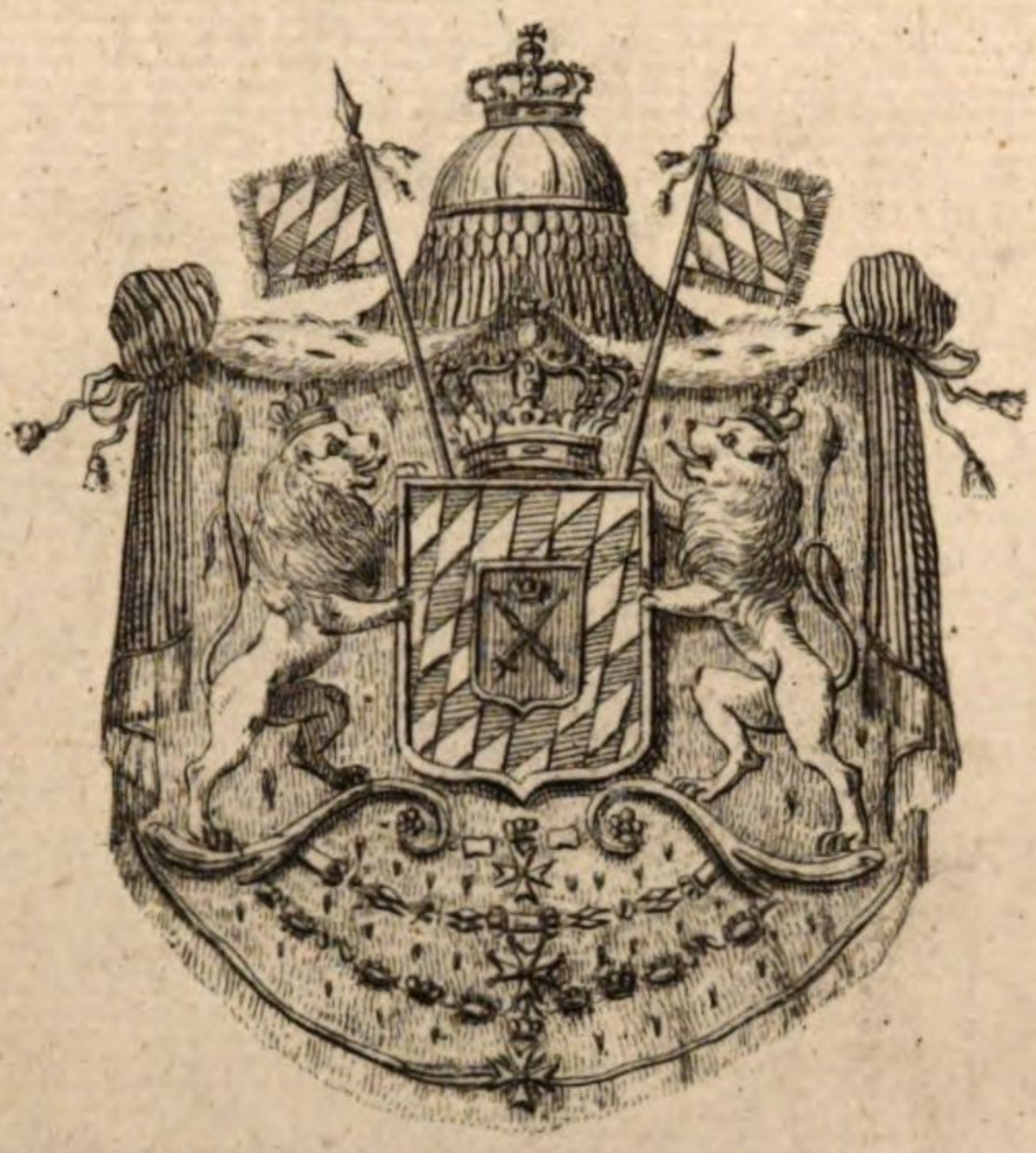
Staadt.
2420/11

Sprechta (W. H.)



BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

<36638851120014

<36638851120014

Bayer. Staatsbibliothek

Handbuch

des

gerichtlichen Verfahrens

in Sachen

der freiwilligen Gerichtsbarkeit

von

D. Wolfgang Heinrich Puchta,

königlich bayerischem Landrichter in Erlangen.

Erster Theil.

Zweite, umgearbeitete Ausgabe.

Erlangen,

bei J. J. Palm und Ernst Enke

1831.

Nd
38.D

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede
zur ersten Ausgabe.

Als ich vor 24 Jahren die practische Laufbahn betrat, war ein großer Theil dessen, wovon dieses Buch handelt, mir fremd, so wenig ich mir auch rücksichtlich der Benützung meiner Zeit auf der Universität etwas vorzuwerfen hatte. Ich hatte leider bei der damaligen Verfassung der Gerichtsstellen meines Vaterlandes der Vorbereitungs-Praxis entbehren müssen, die ich Seite 14 *) dieser Schrift als ein Hülfsmittel des practischen Studiums bezeichne, und diese Lücke mußte mir um so fühlbarer werden, da ich, ehe ich sie durch Selbstbelehrung auszufüllen Gelegenheit fand, als Justizamtmann wirken, ja als Vorstand eines Untergerichts

*) Seite 78 der 2ten Ausg.

die mir untergeordneten Mitarbeiter in ihrer Geschäftsführung controliren, erforderlichen Falls sie belehren, auf jeden Fall — nicht erst von ihnen lernen sollte. Und doch that mir in so manchen Zweigen des Dienstes, besonders in den Geschäften der s. g. willkührlichen Gerichtsbarkeit die Lehre so noth. Ich hatte also nicht so bald durch Studium, Lesen der Akten und Uebung jene Lücke ausgefüllt, als ich mich aufgefordert fühlte, diejenigen Rechtscandidaten und angehenden Practiker, die sich meiner Leitung anvertrauten, so viel möglich auf kürzerem Wege dahin zu führen, wohin mich der längere der Uebung und Selbsterfahrung gebracht hatte. Noch bis jetzt ist dieser practische Unterricht eine meiner Lieblingsbeschäftigungen. Mündliche und schriftliche Anweisungen und Instructionen wechseln hier mit einander ab, und es konnte daher nicht fehlen, daß sich in einer langen Reihe von Jahren so zu reden in Kopf und Pult eine ziemliche Masse von practischen Anleitungen anhäufte. Von diesen Sammlungen nun theilte ich seit fünf Jahren nach und nach auch dem größern Publikum mit. Ich bemerke dieß nicht ohne besondere Beziehung. — Ich weiß, daß man von Geschäftsmännern nicht immer günstig urtheilt, wenn sie literarisch thätig

sind, und ich muß es meinen Lesern, vornämlich den minder großgünstigen, frei heraus bekennen: ich weiß sogar, daß mancher unter ihnen auch dieses Werk nicht ohne Verwunderung zur Hand nehmen wird, wie ich wohl neben einem beschwerlichen, und wie man doch nicht verkennt, gut verwalteten Amte, noch so viel Zeit gewinnen könne, um mich dergleichen literarischen Beschäftigungen zu widmen. Bedächte man (wenn denn ja das Bestreben, noch etwas weiter hinaus nützlich zu werden, als der von den Brodberufs-Grenzen umschlossene Raum reicht, einer Entschuldigung bedarf!) bedächte man doch, wie viele Augenblicke in einem zur Thätigkeit bestimmten Leben *) auch dem Geschäftsmanne übrig bleiben, die so oft ungenützt verstreichen. — Dem sei aber wie ihm wolle, ich finde mich für das Opfer so mancher Erhohlungsstunde reichlich entschädigt durch den Beifall, dessen das Publikum und das Urtheil practischer Rechtsgelehrten diese Versuche für die juristische Ausübungslehre gewür-

---

*) Es sind dieß jene tempora; quae spectaculis, campo, tesseris, otiosis denique sermonibus, ne dicam somno et conviviorum mora, aliisque ineruditis voluptatibus alii conterunt, wie Quinctilian sagt.

digt hat. Und so hoffe ich denn auch für diese Arbeit freundliche Aufnahme und nachsichtige Beurtheilung, wenigstens da, wo es auf individuelle Erfahrungen und davon abstrahirte Grundsätze und Maximen ankommt. Meine eigene Ueberzeugung von der Verdienstlichkeit meines Unternehmens entscheidet freilich weder für dessen Werth noch für meinen Beruf. Es hatte mir indessen auch nicht an Aufforderungen und darunter von Männern gefehlt, auf deren Vertrauen ich stolz zu seyn Ursache habe. Ich beziehe mich dießfalls, bloß um nicht dem Verdachte der Berufung auf unsichtbare Autoritäten mich auszusetzen, — ausser was dießfalls die Recension meiner, mit der gegenwärtigen verwandten Schrift: Der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentl. und Privatrechts-Praxis. Erlangen bei Palm und Enke 1818. 8. in der Hall. allg. Lit. Ztg. 1818. n. 179. enthält, — auf eine Stelle in des königl. bayer. wirklichen Staatsraths Herrn von Gönner Commentar über das K. B. Gesetz vom 22. Julius 1819. ꝛc. (Erlangen 1820.) Einleit. S. LIX. Ohne diese Aufforderungen würde ich vielleicht wenigstens so bald nicht mit diesem Werke hervorgetreten seyn. — So viel von dessen nächster Veranlassung und zu seiner Rechtfertigung;

denn die Sache und die Wichtigkeit des Gegenstandes bedarf keiner Rechtfertigung. Doch glaube ich in letzterer Hinsicht diese Vorrede noch nicht schließen zu dürfen, da man es leider hier mit ganz eigenen Vorurtheilen zu thun hat.

Man ist nur zu sehr daran gewöhnt, die Geschäfte, deren Behandlung den Gegenstand dieser Schrift ausmacht, an diejenigen von der niedern Ordnung anzureihen, wenn von der Würdigung des Geschäftsumfangs der Gerichte, von der mehrern oder mindern Wichtigkeit der einzelnen Theile desselben und von der Vertheilung der Geschäfte nach dem Maße der Fähigkeiten der verwaltenden Individuen die Rede ist. Mit bloßer empirischer Rechtskenntniß und Geschäftsgewandtheit, meint man, wären die nichtstreitigen Gerichtshandlungen gar wohl zweckmäßig zu besorgen, indem es, ausser einer gewissen mechanischen Ordnung, dabei hauptsächlich nur auf Eigenschaften des Willens ankäme. Diese Vorstellung ist eben so unvollständig und einseitig gefaßt, als sie in ihrer Wirkung gefährlich ist, und man kann den Anfänger im Geschäftsleben nicht zeitig genug auf die Grundlosigkeit dieser Ansicht aufmerksam machen, zumal da derselbe unter andern

schon durch die Art, wie der deßfallsige Unterricht auf Universitäten getrieben wird, verleitet werden muß, zu glauben, es handle sich hier wirklich nur von Geschäften, bei deren Verwaltung weder sonderlich viel Ehre noch Verdienstlichkeit zu erwerben ist. Mag es auf Rechnung jenes Umstandes, daß über jene Geschäfte der s. g. nichtstreitigen Gerichtsbarkeit auf Universitäten gewöhnlich nur im Vorbeigehen und rhapsodisch gelehrt wird, (was vielleicht seinen Grund in Verhältnissen hat, die ich anderwärts *) berührt habe,) und daß deßhalb unsere angehenden Practiker eine schiefe Vorstellung in das Geschäftsleben bringen; oder mag die anscheinend geringhaltige Würdigung dieses Verwaltungszweigs von der Gesetzgebung und Regierung mancher Länder, wovon jene selbigem in den Prozeß - oder Gerichtsordnungen kaum einen Platz vergönnt, diese aber bei der Verwaltungsorganisation deutlich genug zu erkennen gibt, mit welchen Augen dasjenige im Justizdienst von ihr betrachtet wird, was nicht zum streitigen Rechtsverfahren gehört; — genug die irrige Vorstellung ist mehr oder weniger allgemein in

---

*) Ueber die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen. (Nürnberg 1819. 8.) S. 24. n. 13.

Deutschland. Freilich so wie diese Geschäfte leider gewöhnlich getrieben werden, darf jene Würdigung ihres Werths nicht befremden, und man muß froh seyn, daß sich nur noch hin und wieder eine bescheidene Stimme dafür erhebt. Doch nach dem was deßfalls in der Schrift S. 8. u. 79. *) schon gesagt ist, habe ich hier nichts mehr dazu zu setzen für nöthig befunden.

Ueber Anlage und Ausführung dieses Werks brauche ich nicht viel zu sagen; es mag sich vor den Augen der Kenner selbst rechtfertigen. Einiges kann ich indessen zu bemerken nicht unterlassen, damit es niemand befremden möge, wenn er etwa hier mehr, dort weniger in dem Buche findet, als er darin zu finden geglaubt hat.

Erstens habe ich mein Absehen zunächst und hauptsächlich auf solche Leser gerichtet, welche noch der Lehre bedürfen, also für Anfänger in der Praxis, zugleich aber für diejenigen in meinem Vaterlande und anderwärts, die ohne förmliches juristisches Studium Juristen seyn sollen, weil sie, wenigstens in dem Fache, wovon diese Schrift handelt, richterliche Funktionen verrichten. Ihre Zahl

---

*) In dieser Ausg. §. 7. u. 50. n. 14.

ist leider nicht klein. Man würde aber mein Unternehmen unbillig und schief beurtheilen, wenn man mir Schuld gäbe, daß ich dadurch der Pfuscherei Vorschub thäte. Nur denjenigen, der einen Pfuscher anstellt, nicht denjenigen, welcher die einmal angestellten durch Unterricht soviel als möglich unschädlich zu machen sucht, kann jener Vorwurf treffen.

Zweitens. Schon aus dieser Rücksicht glaube ich nicht, daß man es tadeln wird, wenn ich die aus Lehr- und Handbüchern sonst schon bekannten Theorien von den Erfordernissen der Rechtsgeschäfte, deren practische Behandlung hier gelehrt werden soll, mit zum Gegenstande der Betrachtung gemacht habe. Die Sache spricht für sich selbst, und so brauche ich auch nicht einmal das Beispiel meiner Vorgänger Stryk, Claproth, von Trützschler anzuführen *). Wie wollte man überhaupt die Anwendung lehren, ohne von den gesetzlichen Bestimmungen über die essentialia und naturalia des Geschäfts auszugehen, das den Gegenstand der Anwendungskunst ausmacht? — ohne der Rechtswahrheiten Erwähnung zu thun, wovon jene practischen

---

*) Vergl. §. 28. der neuen Ausg.

Regeln abstrahirt sind? Dazu kommt, daß selbst derjenige Practiker, der die Rechtstheorie gut inne hat, sich nicht immer gern auf sein Gedächtniß verläßt, und doch sich oft nicht die Zeit nimmt, weitläufig nachzuschlagen. Nicht zu gedenken, daß es nicht selten noth thut, bei gewissen Practikern auf Erhaltung des wissenschaftlichen Sinnes mit hinzuwirken, der nur zu oft durch das Treiben im practischen Leben abgestumpft wird. Ueberhaupt, was würde eine bloße Rhapsodie von practischen Kunstgriffen nützen? In der That würde sie nicht viel mehr, oder wohl gar noch weniger nützen, als ein bloßes mark- und saftloses Formularbuch, das den Ungeschickten nichts hilft, dem geschickten Rechtsgeschäftsmann aber nur in sofern von Nutzen ist, als es ihm zur Controle gegen Auslassungen dient, ohne eine Fessel seines eigenen productiven Denkens zu seyn.

Drittens habe ich hauptsächlich den Wirkungskreis, den ich selbst eine lange Reihe von Jahren einnehme, den eines Unterrichters und vornämlich über die Bewohner des platten Landes, mir zum Augenmerk genommen. Denn hier ist das Feld, wo noch manches anzubauen ist, wo sich dem berufstreuen und humanen Geschäftsmanne noch vielfältig

Gelegenheit darbietet, Gutes zu stiften. Die Starken bedürfen des Arztes nicht, sondern die Kranken, sagt die Schrift. Der Rittergutsbesitzer, der Bankier, der Kaufmann wissen recht gut, wie man sich wegen vorsichtiger Eingehung der Rechtsgeschäfte zu benehmen hat, und wenn sie es nicht wissen, sie finden der Consulenten, soviel sie deren nur wollen, die keiner Anleitung mehr bedürfen. Allein ganz anders sieht es bei unserm armen Landvolke, bei dem schlichten Bürger und Professionisten aus, der, was Geschäftskunde anlangt, oft kaum eine Stufe über dem Bauer steht. Diese sind in der That oft rath- und hülflos, und das leider darum, weil Vorurtheile oder Mangel an Mitteln sie abhalten, anderswo, als da, wo sie es umsonst haben zu können glauben, Rath und Hülfe zu suchen, nämlich bei dem ihnen vorgesetzten Beamten, Patrimonialrichter u. dgl. wo sie häufig eben nicht finden, was sie suchen. Der Mann ist entweder selbst vom Anfange an rechtswissenschaftlich nicht gebildet, oder der dünne Firniß seiner Bildung hat sich im Schlendriane des gewöhnlichen Geschäftslebens abgeschliffen, oder — er hat kein Interesse an diesem Theile seines Berufs. Diese dem Volke zunächst vorgesetzten Gerichtsbeamten nun (wenn sie anders

der zuletzt bemerkte Umstand nicht unempfänglich macht), und diejenigen jungen Männer, welche erst die Universität verlassen und dort wenig oder nichts davon gehört haben, wie man ein Inventarium errichtet, einen Erbrezeß aufnimmt, und dem Rechtsunerfahrnen in seinen mancherlei Nöthen zu rathen und ihn zu leiten hat, — diese sind es, denen ich, nach Art eines juristischen Pastorale, dieses Buch gewidmet habe. Daher die mehr populäre Richtung, daher der mehr nach unten gekehrte Blick, und auch die geschäftsmoralistische Tendenz des Ganzen, die man nicht verkennen wird, und worauf ich mir übrigens mehr zu gute thue, als auf den ganzen heurematischen Kram, von dem man vielleicht manchen Artikel hier vermissen mag.

Endlich und

Viertens wollte ich ein practisches Handbuch schreiben; ich mußte mich also an das Bestehende und positiv Gegebene halten, die Geschäfts-Oeconomie so nehmen, wie sie ist und gesetzlich besteht, nicht wie sie seyn könnte. Gebilde der Speculation, Phantasiestücke, die augenblicklich gefallen, dann aber, als für das wirkliche Leben unanwendbar bei Seite gelegt werden, mögen der Mode und gewissen Lesern zusagen; meinem Publikum, dem um

empirisches Wissen zu thun ist, nützen sie nichts. — Darum, und weil ich weder den Beruf noch die Kräfte in mir fühle, einen Codex für das nichtstreitige Rechtsverfahren zu entwerfen, ficht es mich nicht sowohl an, was an der Gesetzgebung, als was an der Gesetzvollziehung anders seyn könnte. Auch sind es wohl seltener die Gesetze, als die für ihre Anwendung und Vollstreckung berufenen Richter, die besser seyn sollten, und jene werden meistens nur um deßwillen für unvollkommen gehalten, weil die Richter nicht so sind, wie sie seyn sollten und könnten. Zwar würde ich es mir als etwas sehr Verdienstliches anrechnen, wenn ich hier auch einige, für die Gesetzgebung brauchbare Materialien geliefert hätte, aber ich bin schon damit zufrieden, wenn mir meine eigentliche Absicht, der Untergerichtspraxis zu nützen, gelungen ist.

Der zweite oder specielle Theil dieses Werks soll bis zur Ostermesse erscheinen.

Erlangen am 31. August 1820.

Vorrede
zur zweiten Ausgabe.

Bei dieser umgearbeiteten, und wie ich glaube auch verbesserten, Ausgabe habe ich nächst meinem Danke gegen das Publikum für die wohlwollende Aufnahme dieses Werks nur folgendes zu erinnern.

Man hat es getadelt, daß ich, statt mich bloß auf Regeln für die Anwendungskunst zu beschränken, zuviel practische Rechtsregeln eingemischt hätte. Ich habe diese nicht ganz unbillige Ausstellung in dieser neuen Ausgabe zu verbessern mir angelegen seyn lassen, was ich freilich nicht anders, als mit theilweiser Aufgebung der zugleich zu erreichen gesuchten und Seite IX. f. der vorigen Vorrede angegebenen Absicht vermochte; überall konnte ich es nicht, sollte anders die Anwendungsregel selbst gehörig

deutlich gemacht, und besonders das Bedürfniß autonomischer Festsetzungen bei den Rechtsgeschäften und dessen Grenzen zur klaren Erkenntniß eines großen Theils derer, die ich mir besonders als Leser wünsche, gebracht werden, indeß derjenige Theil des juristischen Publikums, dem die Rechtsdogmen etwas Bekanntes sind, auch wohl meiner practischen Anleitung entbehren kann. Man wird jedoch schon bei einer flüchtigen Vergleichung finden, daß ich mich in dieser Ausgabe so viel möglich von Abschweifungen in ein anderes, als das der eigentlichen Bestimmung des Werks angewiesene doctrinelle Gebiet zu enthalten, und so das Buch von manchen Auswüchsen zu reinigen gesucht habe, wozu practische Schriftsteller von gewissen Jahren aus Liebhaberei für ihre Jugend-Beschäftigungen sich leicht verleiten lassen, indem sie in Repetitionen des früher Gelernten sich gefallen, die zwar immer nützlich für sie selbst seyn mögen, für den Zweck schriftstellerischer Unternehmungen mit rein practischer Richtung aber ein Aussenwerk sind. Indem ich mich so gleichsam selbst zur Ordnung verwiesen, und auf das für die Anwendungskunst unmittelbar Diensame beschränkt habe, wird auch die gegenwärtige Ausgabe ihrem äussern Umfange nach wenigstens keine vermehr-

te

te seyn, und dafür werden mir wohl Leser und Käufer ohne Zweifel Dank wissen.

Noch will ich hier, besonders in Ansehung des unverzüglich nachfolgen sollenden zweiten oder speciellen Theils und dessen ersten Abschnitts, der von den eigentlichen Rechtsgeschäften handelt, sogleich folgendes zu meiner Rechtfertigung bemerken.

Man dürfte es vielleicht für eine Unvollständigkeit ansehen, daß nur einige Verträge gleichsam beispielsweise erörtert, so viele andere aber mit Stillschweigen übergangen sind. Wäre dieß ein wesentlicher Defect, so würde mich auch die Sorge für Raumersparniß kaum rechtfertigen. Aber es sprechen andere Gründe für die gewählte Behandlungsart.

Ich habe zunächst für Anfänger, und die mit diesen auf gleicher Stufe der Geschäftsbildung stehen, geschrieben. Der Anfänger muß zuerst mit dem, was am gewöhnlichsten im practischen Leben vorkommt, vertraut gemacht werden. Dieß fordert schon der natürliche Gang des Unterrichts überhaupt, der vor allen auf das Nothwendigste und Dringend-

ste, daher auch Wissenswürdigste Rücksicht nimmt, vieles, wenn gleich Wissenswürdige, sogar ganz übergeht, weil der eigenen fortschreitenden Ausbildung des Lernenden billig auch ihr Theil an dem Unterrichte überlassen wird. Auch findet man eher in demjenigen, was selten vorkommt, als bei den täglichen Geschäftserscheinungen ein Versehen verzeihlich. Hiernächst gewährt die erworbene Uebung in dem Gewöhnlichen, vermöge der Aehnlichkeit, in welcher sich die Geschäfte zu einander verhalten, jene Fertigkeit selbst bei ausserordentlichen Vorgängen, die eben den gewandten Practiker bezeichnet. Es gibt Rechtsverwaltungs-Beamte, die in einem vieljährigen Geschäftsleben, während dessen sie Kauf-, Hypotheken-, Pacht-, Ehe- und Erbverträge ꝛc. zu Hunderten behandelt haben, vielleicht kaum einmal einen Erbzins-, Handlungssocietäts-, oder Bodmerei-Contract aufzunehmen Gelegenheit gehabt haben, ohne daß sie, wenn ihnen jetzt dergleichen vorkommt, in Verlegenheit sind, indem ihnen die Geschäftsanalogie zu einem sichern Führer dient. Denn bei aller Verschiedenheit des Materiellen bleibt sich das Formelle der Behandlung im Ganzen ziemlich gleich. Wer eines jener seltener vorkommenden Rechtsgeschäfte zu behandeln hat, braucht sich also

nur die specielle Theorie desselben, seine Grundsätze, Eigenheiten und die dagegen Statt findenden Einwendungen bekannt zu machen, um sicher zu seyn, daß er das Rechte treffen wird.

Bei der Zugabe von Formularien habe ich durch Weglassung alles Bekannten, wie man sich mittelst eines auch nur flüchtigen Ueberblicks überzeugen wird, auf Ersparung des Raums möglichst Bedacht genommen, und so mehr Extracte als Verhandlungen in extenso geliefert. Ueberall durfte ich es nicht, ohne die gegebenen Muster minder instructiv zu machen. In den Formularien zum II. Theile, besonders über die Siegelungen, Inventuren, Erbrezesse ꝛc. glaubte ich daher manche Einzelheit auffassen zu müssen, um dem Anfänger, der sich gewisse Manipulationen der Behandlung oft ganz anders, oft schwieriger vorstellt als sie sind, auf dem natürlichsten und zugleich kürzesten Wege des Beispiels und der eigenen Anschauung Licht zu verschaffen. Wer hätte nicht gerade hier, wo so vieles auf Formen und deren anschauende Erkenntniß ankommt, das longa via per praecepta, brevis per exempla früher wenigstens schon an sich selbst erfahren!

)( )(*

Was über Tendenz und Plan dieser Schrift, auch in ihrer jetzigen Gestalt, etwa sonst noch zu sagen seyn möchte, enthält wohl meistens §. 4. und 28. der Einleitung.

Erlangen am 18. Mai 1831.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

I. Ueber Rechtspraxis überhaupt und Praxis des nichtstreitigen Verfahrens besonders. Seite 1 — 34.

§. 1. Wesen der Praxis, besonders im Gegensatz von Routine. — §. 2. Gegenstände und Eintheilung der Gerichtspraxis. — §. 3. Streitiger und nichtstreitiger Prozeß. Jurisd. vol. et content. — §. 4. Einiges gegen den etwaigen Vorwurf der Zeitwidrigkeit in der Art der Behandlung des Gegenstandes. — §. 5. Motive der Uebertragung dieses Verwaltungszweigs an die Gerichte. — §. 6. Schwierigkeiten einer Aenderung dieser Verfassung. — §. 7. Wichtigkeit dieses Verwaltungszweiges. — §. 8. 9. Umfang der freiwilligen Gerichtsbarkeit und gemeinsame Begründung. — §. 10. Fortsetzung. Competenz-Eigenheiten. — §. 11. Allgemeine Grundsätze der richterlichen Mitwirkung bei den Rechtsgeschäften.

II. Einiges über den Ursprung und die Ausbildung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Deutschland. Seite 35 — 69.

§. 12. Interesse und Tendenz dieser rechtshistorischen Episode. — §. 13. 14. Römisches Recht. — §. 15. Canonisches Recht. — §. 16. Deutsches Recht. — §. 17. Fortsetzung. Die gerichtliche Concurrenz als Beweismittel. — §. 18. Wie und warum sich diese Verfassung auch unter veränderten Umständen fort erhalten. — Zunehmender Gebrauch der Schrift. — §. 19. Fortsetzung. Einfluß des Feudalwesens. — §. 20. Andere mitwirkende Umstände. — §. 21. Nachtheilige Folgen dieser Verhältnisse; Vernachlässigung der wissenschaftlichen Cultur unserer Disciplin. — §. 22. Resultate. — §. 23. Schließliche Betrachtungen über die Ursachen der Vernachlässigung unserer Disciplin in der Wissenschaft und Legislation.

III. Quellen, Hülfsmittel ꝛc. Seite 69 — 82.

§. 24. Zweierlei Arten von Quellen. — §. 25. Wichtigkeit dieser Quelle 1) in materieller Beziehung. — §. 26. Fortsetzung. 2) In formeller Beziehung. — §. 27. Hülfsmittel. — §. 28. Plan der Schrift; Einiges zur Rechtfertigung der befolgten Methode.

Erster Theil.

Von dem Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und vornämlich von der Behandlung der Rechtsgeschäfte im Allgemeinen.

Erstes Kapitel.

Von der richterlichen Mitwirkung bei den Rechtsgeschäften im Allgemeinen. Seite 83 — 102.

§. 29. Die verschiedenen Richtungen der Thätigkeit bei einem Rechtsgeschäft überhaupt. — §. 30. — und der richterlichen Mitwirkung besonders. — §. 31. 32. Ueber Grund, Zweck und Grenzen der richterlichen Concurrenz. — §. 33. Ueber die subsidiäre Eigenschaft der richterlichen Mitwirkung. — §. 34. Resultate für die Grenzbestimmung der richterlichen Gewalt.

Zweites Kapitel.

Classification der Rechtsgeschäfte nach der Nothwendigkeit und den Modalitäten der richterlichen Mitwirkung. — Grundsätze des Verfahrens. Seite 102 — 151.

§. 35. Drei Classen von Rechtsgeschäften. — §. 36. 37. Geschäfte der gemischt freiwilligen Gerichtsbarkeit. — §. 38. Geschäfte der rein freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei welchen gleichwohl die gerichtliche Concurrenz nothwendig ist. — §. 39. Die Bestimmungen I. der preuß. Gesetzgebung hierüber. — §. 40. II. der österreichischen. — §. 41. III. der französischen. — §. 42. Erfordernisse des Verfahrens im

Allgemeinen. — §. 43. 44. Die causae cognitio. — §. 45. Wesen und Wirkung der richterlichen Bestätigung. — §. 46. Vermeintlich weitere Erfordernisse. — §. 47. Es gilt keine Beschränkung in Ansehung der Zeit oder des Orts. — §. 48. Etwas über Schicklichkeit des Orts zu gerichtlichen Handlungen. — §. 49. Niemals kann der Richter in eigener Sache sein Amt verwalten. — §. 50. Einige Regeln für das Verhalten des Richters. — §. 51. Uebersicht der folgenden Abhandlung.

Drittes Kapitel.

Von den nothwendigen Eigenschaften eines Gerichts im nichtstreitigen Verfahren. Seite 152 — 162.

§. 52. α. Das Gericht muß competent; — §. 53. β. gehörig besetzt seyn. — §. 54. Von Deputationen und Commissionen. — §. 55. γ. Das Verfahren, wenn das Gericht nicht mit einem ordentlichen Actuar versehen ist. — §. 56. δ. Die Einleitung des Verfahrens nach Verschiedenheit des Gerichts-Organismus.

Viertes Kapitel.

Subject des Rechtsgeschäfts. Seite 162 — 198.

§. 57. Erfordernisse im Allgemeinen.

A. Identität des Rechtssubjects.

§. 58. Deren Feststellung.

B. Rechtsgeschäfts-Fähigkeit.

§. 59. Arten der Unfähigkeit überhaupt. — §. 60. I. Absolute Unfähigkeit. — §. 61. II. Beziehungs-

weise Unfähigkeit. — §. 62. III. Beschränkte Fähigkeit. — §. 63. Cautelen für den Richter. — §. 64. Wiefern die Unfähigkeit gehoben werden kann. — §. 65. Einiges über das Erkundigungs-Verfahren überhaupt.

C. Legitimation zur Sache.

§. 66. Was dießfalls zu beobachten. — §. 67. Wiefern kann das Recht eines Dritten Gegenstand eines Vertrags werden?

D. Legitimation zum Prozesse.

§. 68. Erfordernisse dieser Legitimation überhaupt. — §. 69. Von mehreren Bevollmächtigten, und von der Zulässigkeit präsumtiver Vollmachten. — §. 70. Von General- und Specialvollmachten. — §. 71. Von Syndicaten.

Fünftes Kapitel.

Gegenstand des Rechtsgeschäfts. Seite 198 — 214.

§. 72. Uebersicht und allgemeine Erfordernisse. — §. 73. Von Sachen, die dem Verkehr entzogen sind, und zwar α) absolut. — §. 74. β) relativ. — §. 75. Wiefern die Verkehrshindernisse gehoben werden können. — §. 76. Ueber die Veräusserungsbeschränkungen der Besitzer von Bauergütern.

Sechstes Kapitel.

Innere Form des Rechtsgeschäfts. Seite 215 — 282.

§. 77. Begriffe. — §. 78. Nothwendigkeit einer verbindlichen Willenserklärung. — §. 79. Von Tractaten, Punctationen und präparatorischen Verträgen

überhaupt. — §. 80. I. Von Tractaten und deren Wirkungen. — §. 81. II. Von Punctationen. — §. 82. III. Von präparatorischen Verträgen.

A. Erfordernisse einer verbindlichen Willenserklärung überhaupt und der einwilligenden besonders.

§. 83. I. Gesetzmäßigkeit. — §. 84. Belehrung der Parteien hierüber. — §. 85. Fortsetzung; Modalitäten der Handhabung der Gesetzmäßigkeit. — §. 86. Warnung vor zu weit getriebner Sorgsamkeit. — §. 87. II. Wahrheit. — §. 88. Von Scheingeschäften. — §. 89. Arten von Scheingeschäften; 1) gleichgültige. — §. 90. 2) verbotene. — §. 91. 3) erlaubte. — §. 92. Uneigentliche Simulationen. — §. 93. III. Gewißheit. — §. 94. Mittel zur Bewirkung der Gewißheit des Willens; a) Kenntniß der Sprache der Parteien. — §. 95. b) Kenntniß der Motive des Geschäfts. — §. 96. Das Vertrauen der Parteien, ein Mittel zum Zwecke. — §. 97. Ueber richterliches Belehren der Parteien und dessen Grenzen gegen unbefugtes Rathgeben. — §. 98. Vorsichtiges Benehmen bei der Bewirkung einer rechtsverbindlichen Einwilligung.

B. Von Cautelen und Clauseln.

§. 99. Von Cautelen und Clauseln überhaupt. — §. 100. Von Clauseln besonders. — §. 101. Von Verzichts-Clauseln. — §. 102. Kriterium. — §. 103. Schließliche Bemerkungen.

Siebentes Kapitel.

Von dem richterlichen Anleitungs- und Vermittlungsamte. Seite 282 — 306.

§. 104. Ueber das Wesen dieser richteramtlichen Function im Allgemeinen. — §. 105. Nothwendigkeit und Modalitäten dieser richterlichen Verwendung. — §. 106. — A. unmittelbar zur Vorbeugung von Prozessen. — §. 107. — B. bei noch nicht streitig gewordenen Interessen. — §. 108. Einige Regeln. — §. 109. Zugabe einiger erläuternder Beispiele.

Achtes Kapitel.

Von der äussern Form eines Rechtsgeschäfts überhaupt. Seite 306 — 312.

§. 110. Begriff und Grundsätze. — §. 111. Einiges über die Nothwendigkeit der Formbeobachtung und die richterliche Befugniß deßfalls.

Neuntes Kapitel.

Von der Beurkundung oder der schriftlichen Abfassung. Seite 312 — 356.

§. 112. Das Allgemeine. — §. 113. Schreibart. — §. 114. Fortsetzung; zweckwidrige Kürze. — §. 115. Einfachheit. — §. 116. Innerliche Erfordernisse der Beurkundung; I. Treue. — §. 117. II. Vollständigkeit.

Von dem Protokolle.

§. 118. Begriff. — §. 119. Folgerungen aus dem Begriffe. — §. 120. I. Materie des Protokolls; und zwar 1) in subjectiver Hinsicht. — §. 121. 2) In

objectiver Hinsicht, oder Umfang des Protokolls. — §. 122. Fortsetzung. Die s. g. Registraturen. — §. 123. II. Form des Protokolls; und zwar α) äussere. — §. 124. 125. β) innere Form. — §. 126. Verfahren, wenn sich Bedenklichkeiten bei der Unterschrift ergeben. §. 127. Fortsetzung, zur innern Form des Protokolls.

Beschluß auf das Protokoll.

§. 128. Competenz zur Beschlußfassung.

Ausfertigung der Urkunde.

§. 129. Concept. — Reinschrift.

Zehntes Kapitel.

Von Rechtsmitteln im nichtstreitigen Verfahren. Seite 357 — 368.

§. 130. 131. Der Character dieser Rechtsmittel. — §. 132. Weitere Entwickelung der Theorie dieses Rechtsmittels. — §. 133. Zeit der Beschwerde-Anbringung. — Suspensivkraft. — §. 134. Das Verfahren.

Beilagen. Seite 369 — 402.

Formulare Lit. A bis M.

Einlei-

Einleitung.

I. Ueber Rechtspraxis überhaupt und Praxis des nichtstreitigen Verfahrens besonders.

§. 1.

Wesen der Praxis, besonders im Gegensatz von Routine.

Die Brauchbarkeit eines Rechtsgelehrten für das wirkliche Leben ist nächst gründlicher also wissenschaftlicher Kenntniß des Rechts durch das Vermögen der geschickten Anwendung desselben bedingt, welches sich in der Fertigkeit äussert, die rechtliche Eigenschaft bestimmter thatsächlicher Erscheinungen durch Vergleichung mit Rechtssätzen zu finden. Bei der Erwerbung dieser Fertigkeit, an der man den practischen Juristen und — diese Benennung in einem höhern, als dem trivialen Sinn genommen — den eigentlichen Rechtsgelehrten erkennt, ist zwar neben vollständiger Kenntniß des zu verarbeitenden Materials, also des factisch und rechtlich Gegebenen, mechanische Uebung, das Selbst-Handanlegen, ein nicht zu entbehrendes Erforderniß. Soll aber das Product dieser Thätigkeit nicht dem Zufall individueller Geschicklichkeit überlassen seyn, so kommt es dabei auf etwas mehr an. Es gibt nämlich dießfalls gewisse Grundsätze und Regeln des Rechts und der Klugheit, die aus der Erfahrung abgeleitet, durch Gesetze und Gerichtsgebrauch sanctionirt und wissenschaftlich geordnet sind. Die Theorie dieser Grundsätze und Regeln,

die man sich nur durch wissenschaftliches Studium gehörig zu eigen macht, wird die juristische Praxis, auch practische Jurisprudenz, und soweit sie Privatrechte zum Gegenstande hat, Privatrechtspraxis oder gerichtliche Praxis schlechthin genannt. — Ein Theil der letztern betrifft die Ordnung und Leitung des friedlichen Verkehrs der Staatsbürger unter einander durch die Gerichte und macht den Gegenstand dieser Abhandlung aus.

Die Eigenschaft eines Practikers kann also nicht durch mechanische Uebung allein erlangt werden: diese Art der Uebung bildet vielmehr einen Gegensatz von der eigentlichen d. h. wissenschaftlichen Praxis, und wird mit dem, wenigstens in dieser Bedeutung geringschätzigen, Namen Routine belegt, daher auch der wissenschaftlich gebildete Practiker dem Routinier entgegengesetzt wird. Man kann nämlich eine Fertigkeit besitzen, rechtliche Geschäfte geschickt und so vorzunehmen, daß nach den Forderungen der Gesetze dadurch Rechte und Verbindlichkeiten unserer Absicht gemäß begründet werden, also in der s. g. Cautelar-Jurisprudenz nicht unbewandert seyn, man kann sich auch diese Fertigkeit in der Abfassung der hier vorkommenden schriftlichen Aufsätze und Urkunden (in der Notariatskunst) allmählich zu eigen gemacht haben, ohne darum ein Practiker zu seyn. Diese Fertigkeit ist bloß ein Talent, das sich besonders Menschen von natürlichen Fähigkeiten durch Anschauung und Anwendung einzelner, nach und nach und rhapsodisch erlernter Regeln und Manipulationen leicht erwerben können. Ein solches routinirtes Subject kann auch zweckmäßig verwendet allerdings brauchbar seyn. Aber abgesehen davon, daß dieses Talent leicht zur Pfuscherei in das Gebiet der regelmäßigen Geschäftsführung gemißbraucht werden und so schäd-

lich wirken kann, kann man den bloßen Routinier nie für einen Practiker gelten lassen. Dieser lernt die Regeln systematisch und übt sie: jener übt sie zwar ebenfalls, da er sich selbige aber nur durch öftere Anwendung zu eigen gemacht hat, so übt er sie bloß mechanisch; er weiß sich über die Modalitäten seiner Thätigkeit und deren Motive keine Rechenschaft aus dem Wesen der Sache zu geben. Ausnahmen von Rechtspractikern aus bloßer Routine ohne rechtstheoretische Kenntnisse in Materie und Form kann man also nicht wohl annehmen: Ausnahmen von guten Practikern aus Uebung allein, in Verbindung mit Buchstudium und Selbstbelehrung sind bloße Ausnahmen und dieß seltene; auch werden nur ausgezeichnete Köpfe hier, wo mehr historisches Wissen als Speculation über die Brauchbarkeit des Mannes entscheidet, und selbst der Originalität ein sehr beschränkter Spielraum gelassen ist, als Autodidacten zu dem Ziele gelangen, welches Andere mit gehöriger Benützung der gewöhnlichen Lehrmittel auf jeden Fall wenigstens in kürzerer Zeit, aber auch zuverlässiger und sicherer vor jeder Lücke, erreichen.

§. 2.

Gegenstände und Eintheilung der Gerichtspraxis.

Wenn von dem Umfange der Gerichtspraxis oder, was eben so viel ist, von dem amtlichen Wirkungskreise eines Gerichts hier die Rede ist, so muß für's Erste erinnert werden, daß man nur die deutsche Gerichtsverfassung vor Augen hat, wie sie jetzt wenigstens bei den allermeisten Gerichten unseres Vaterlandes besteht. Doch kann und will man für das Andere auch keine Kenntniß nehmen von jenen willkührlichen Geschäfts-Attributionen aus dem Gebiete der Polizei und sonst der öffentlichen, die Justiz nichts angehenden Verwaltung, welche in frühern Zeiten beina-

he allgemein auf die deutschen Gerichte, besonders in der niedergerichtlichen Sphäre gehäuft waren, und nicht ohne entschiedenen Nachtheil für die Rechtspflege, zumal bei den gesteigerten Forderungen an diese, hie und da noch jetzt gehäuft werden. Hier betrachten wir die Gerichte bloß in ihrer Function bezüglich auf solche Geschäftsgegenstände, die mit der Justiz Verwandtschaft haben. So betrachtet begreift der Wirkungskreis der deutschen Gerichte 1) die Rechtspflege in Straffachen, jedoch, was die Untergerichte betrifft, mit Beschränkung auf die Untersuchung und Strafvollstreckung, übrigens abgesehen hiebei von gewissen localen Competenz-Eigenheiten, indem nicht alle Gerichte mit der Criminalgerichtsbarkeit, selbst auch nicht in der bemerkten Beschränkung versehen sind; ferner 2) die volle, also auch die Entscheidung begreifende Justizverwaltung in streitigen Civilrechtsfällen, endlich 3) andere Gegenstände, welche die Aufrechthaltung des Rechtszustandes ausser Streitfällen im Interesse der Einzelnen und der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt betreffen a). Auch die gerichtlichen Geschäfte in der zuletzt bemerkten Beziehung und gewisse dahin gehörige Institutionen beruhen auf practischen b) Wahrheiten, und sie bilden ein eigenes System von Regeln und

---

a) Meine Schrift: der Dienst der deutschen Justizämter oder Einzelrichter (Erlangen 1829. 1830. 2. Th. 8.) §. 79. 80. u. 297.

b) Man muß practische oder für das Leben anwendbare Regeln (besser Sätze, denn eine Rechtsregel muß immer practisch in dieser Beziehung seyn, indeß ein Satz, als bloß antiquarisch, unpractisch seyn kann, obschon brauchbar) nicht verwechseln mit Regeln für die Praxis oder Anwendungskunst (Practik), womit sich diese Schrift beschäftigt.

nach der gewöhnlichen Verfassung unserer Gerichte einen Hauptzweig des bürgerlichen Rechtsverfahrens, der im Gegensatze des streitigen (jurisdictio contentiosa) das nichtstreitige Verfahren ausmacht und gemeinhin mit dem Ausdrucke freiwillige Gerichtsbarkeit (jurisdictio voluntaria) bezeichnet wird.

Die Privatrechtspraxis der Gerichte in Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird auch Extrajudicial-Praxis, und ihre Wissenschaft Extrajudicial-Jurisprudenz genannt, weil es dabei auf Handlungen ausser einem Prozeß (extra judicium) ankommt, weshalb der Ausdruck nicht in aussergerichtlich im gewöhnlichen Sinn, folglich als gleichbedeutend mit nichtgerichtlich, übersetzt werden darf. Theile dieser Extrajudicialpraxis sind die s. g. Cautelar-Jurisprudenz (jurisprudentia heuristica) und die Notariatskunst (§. 1.). Jene bezieht sich hauptsächlich auf die innere Form der Rechtsgeschäfte, diese auf deren Beurkundung oder die schriftliche Abfassung. Beide haben den Zweck, die Geschäfte im Interesse der Betheiligten den Forderungen des Rechts und der Klugheit gemäß einzurichten, zu beglaubigen und so vor künftigen Irrungen und Streitigkeiten zu sichern c). Sofern das Notariat nicht von eigenen Behörden, nämlich von öffentlichen Personen unter dem Namen Notarien, verwaltet wird, sondern den Gerichten beigelegt ist, gehört es in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

§. 3.

Streitiger und nichtstreitiger Prozeß. Jurisdictio voluntaria et contentiosa.

Da den Civilgerichten die Aufrechthaltung des Rechtszustandes im Privatleben vom Staate anvertraut

---

c) Falck's jur. Encyclopädie (3. Ausg.) Kiel 1830. §. 157.

ist, es mag übrigens von wirklichen oder bloß von möglichen Rechtsverletzungen die Rede seyn, so hat deren Thätigkeit eine zweifache Richtung, nämlich:

I. auf die Wiederherstellung des rechtlichen Friedens, der durch eine der civilrichterlichen Untersuchung und Entscheidung unterworfene Rechtsverletzung gestört worden;

II. auf Verhütung solcher Störungen oder darauf, wie Rechtsstreitigkeiten durch genaue Bestimmung der, die Entstehung, Erhaltung oder Veränderung rechtlicher Verhältnisse bezweckenden Willenserklärungen vorgebeugt, der Friede im Recht erhalten werden soll, dessen Störung häufig die Folge einer mangelhaften Bestimmung jener Willenserklärungen ist.

Dort (ad I.) handelt es sich demnach von den Mitteln, wodurch den von einem bestimmten Gegner angefochtenen Rechten, vorgängig deren ordnungsmäßig (im Wege Rechtens) erfolgter Prüfung und Feststellung der gesetzliche Schutz zu Theil werden, jener Gegner also zu deren Anerkennung genöthigt werden soll; — hier (ad II.) wo Nichtentstehung eines Streits Zweck der practischen Thätigkeit ist, bloß von Mitteln zur Verhütung von Rechtsverletzungen.

Das Verfahren in beiderlei Hinsicht gerichtlichen Civilprozeß [d], nämlich im weitesten Sinne des Worts, zu nennen, ist, wenn schon der Ausdruck gewöhnlich nur vom Streitverfahren gebraucht wird, ganz passend, da hier wie dort von einer Verhandlung der Gerichte mit Parteien [e] über deren Rechte die Rede

---

d) Falck a. a. O. §. 39.

e) Wenn schon der Ausdruck Parteien eigentlich bloß auf streitende Theile angewendet werden sollte, so wird er doch im Geschäftsleben überhaupt von den Personen ge-

ist, und es zur Unterscheidung genügt, sich der Beiwörter streitig und nichtstreitig zu bedienen. Man würde aber statt streitiger und nichtstreitiger Prozeß sprachrichtiger sagen: Prozeß über streitiges und nichtstreitiges Mein und Dein. Am gewöhnlichsten ist die von der richterlichen Gewalt hergenommene, aber eben so sprachwidrig ausgedrückte Eintheilung in Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit (statt der Gerichtsbarkeit in streitigen Sachen) actus jurisdictionis contentiosae, Civilprozeß im engern Sinn, — und Handlungen der nichtstreitigen oder freiwilligen, auch willkührlichen Gerichtsbarkeit, actus jurisdict. voluntariae, statt: der Gerichtsbarkeit in nichtstreitigen Angelegenheiten.

Hiernach ist bürgerliche Gerichtsbarkeit nichts anderes, als die von der obersten Gewalt im Staate ausgehende und durch bestimmte Organe, die Richter, ausgeübte

Befugniß zur Handhabung der Rechtssicherheit gegen wirkliche oder besorgliche Störungen im Privatrechtsverhältnisse, so weit die Kräfte der Betheiligten unanwendbar oder unzulänglich sind.

Das Amt des deutschen Richters ist daher

ein richtendes und

ein rechtsfürsorgendes.

Mit letzterem haben wir es hier zu schaffen.

§. 4.

Einiges gegen den etwaigen Vorwurf der Zeitwidrigkeit in der Art der Behandlung des Gegenstandes.

Hätte man ausser den mancherlei Aenderungen an

---

braucht, die vor Gericht handeln, es sey streitführend oder im friedlichen Verkehre.

der frühern Gestalt dieser Schrift, die man für nothwendig hielt, daher für Verbesserungen ansieht, auch solche vornehmen wollen, die etwa der Geist der Zeit oder die Mode begehrt, so hätte freilich noch gar manches, wenn auch nicht dem Wesen und der Sache, doch der äussern Form und dem Namen nach anders gegeben werden müssen. Denn wie manchen Juristen unserer Tage f) mag nicht schon der Ausdruck "freiwillige Gerichtsbarkeit" als ein Gespenst vergangener Zeiten, womit man die junge Welt erschreckt, erscheinen? — Eine solche Aenderung ist aber nicht in meinem Plan, und um gleich von vorn herein jeden Anstoß dießfalls zu beseitigen, finde ich folgendes zu erinnern nöthig.

Die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind hier noch als zum Wirkungskreise der Gerichte gehörend angenommen. Dieß darf schon darum nicht befremden, weil man sich nicht die Praxis einzelner Länder, wo etwa eine andere Verfassung bereits eingeführt oder wenigstens zu erwarten seyn dürfte, sondern die des gesammten deutschen Vaterlandes zur Aufgabe gemacht hat, in welchem dem bei weitem größten Theile nach diese Einrichtung zur Zeit noch besteht. Auch scheint man sich mit Reformen dießfalls bis jetzt so viel bekannt nirgends zu übereilen, was gerade nicht zu tadeln ist. So wird denn diese Schrift auch in dem ehrbaren Gewande, in dem sie vor 10 Jahren zum ersten Mal erschienen und von dem Publicum wohlwollend auf-

---

f) Die rechten unter ihnen sind natürlich hier nicht gemeint, sondern nur die von der Classe der Quasi, denen das schwerfällige Alte längst zuwider ist, und die mit dem Neuen selbst wiedergeboren zu werden hoffen, was in vielen Stücken gar bequem ist und manche Schulversäumniß-Strafe tilgt.

genommen worden ist, also als Hand- und Hülfsbuch für die Geschäftsführung der Gerichte in dem bezielten Verwaltungszweig, noch immer eine geraume Zeit sich als brauchbar bewähren. Aber selbst nach einer totalen Aenderung des Bestehenden wird sie ihre Brauchbarkeit nicht verlieren. Ich sage nichts davon, daß eine solche Aenderung uns nicht auf einmal in eine neue Welt und in den Zustand des Vergessens des Bisherigen versetzen, daß sie sich vielmehr an dieses anschließen, und manches Neue aus dem Alten zu erklären seyn wird: sie wird auf die hier vorgetragenen Lehren selbst überhaupt keinen wesentlichen Einfluß äussern, da ihre Aufgabe nur Ressortbestimmungen sind, die also bloß das fungirende Subject betreffen, keineswegs die Geschäftsführung selbst. So sind und bleiben denn — was hier ein für alle Mal gesagt seyn soll — die hier vorgetragenen Lehren, als von dem subjectiven Verwaltungs-Organismus ganz und gar unabhängig, gleich anwendbar, der fungirende öffentliche Beamte mag Richter oder Notar oder wie sonst immer heißen. Es läßt sich auch annehmen, daß unsere Gesetzgebungen und Regierungen, selbst wenn sie die dermalige deutsche Gerichtsverfassung von Grund aus zu reformiren sich bewogen finden sollten, — und allgemein ist ja doch nicht einmal die Nützlichkeit, zu geschweigen die Nothwendigkeit einer dergleichen, in den seit Jahrhunderten gewohnten Zustand so tief eingreifenden Maßregel anerkannt, — diesen wichtigen Zweig des öffentlichen Wohls, was Gott verhüte, doch nicht solchen Pflegern anvertrauen werden, denen das in diesem Buche Gesagte nichts gilt.

Dem bestehenden Organismus gemäß wird man sich zur Bezeichnung des fungirenden Subjects vorzugsweise des Ausdrucks Richter bedienen, zumal da man selbi-

gen für bezeichnender, und sofern als auch Collegialgerichte, besonders in der niedergerichtlichen Sphäre, diesen Geschäftszweig besorgen, zugleich für unzweideutiger hält, als den gemeinhin nur von Einzelrichtern gebrauchten Ausdruck Justizbeamter oder den noch vagern Beamter schlechthin. Es braucht übrigens kaum erinnert zu werden, daß man sich von dem Begriff Richter hier alles wegzudenken hat, was sich dabei gewöhnlich zuerst gedacht wird: Entscheidung streitiger Rechtssachen, und damit denn auch zugleich jene gänzliche Gleichgültigkeit gegen parteiliche Interessen. Diese kann, während sie wesentliche Bedingung der würdigen Verwaltung des eigentlichen Richteramts ist, in dem nichtstreitigen Verfahren in gewisser Art sogar ein Fehler seyn, oder sie muß sich doch anders äussern als im Streitverfahren. Denn gerade die eigenthümliche Verwendung für das bezielte Geschäftsproduct, die hier von dem leitenden und fürsorgenden richterlichen Amte gefordert wird, setzt nothwendig gewisse Modificationen des sonstigen Richter = Indifferentismus voraus, wie in der Folge näher sich ergeben wird.

§. 5.

Motive der Uebertragung dieses Verwaltungszweigs an die Gerichte.

Wir betrachten hier — abgesehen von der Anwendbarkeit der Lehre auf einen andern subjectiven Organismus und von den alsdann auffer bloßen Namensveränderungen etwa weiter erforderlichen Modificationen, deren jedoch sehr wenige nothwendig werden dürften, — den nichtstreitigen Prozeß oder

das nach bestimmten Regeln abgemessene Verfahren zur sichern Begründung der durch den bürgerlichen Verkehr bezweckten Rechte im nichtstreitigen Verhältnis-

se, — sowie zur Aufrechthaltung des Rechtszustandes gegen mögliche Gefährdungen überhaupt,

als Attribut des richterlichen Amts in Deutschland. Aber es ist nicht unpassend, sich vor allen zu fragen: da, wie hernach gezeigt werden wird, diese Einrichtung von sehr langer Zeit her besteht und, während sie schon unsern Urvorfahren bekannt war, durch die Einführung des römischen Rechts und vieler seiner Institutionen in unsere Rechtsverfassung einen dauernden Character und gewissermassen die Vorstellung constitutioneller Nothwendigkeit angenommen hat, — was waren wohl die Gründe dieser Einrichtung? — und dann: ist eine Aenderung des hiernach Bestehenden, im Fall sie als Forderung der Zeit erscheinen sollte, wirklich mit Schwierigkeiten verbunden, und wiefern? — Zur Beantwortung der ersten Frage bieten sich der Betrachtung folgende Momente dar.

Die Gesetze wollen, daß der Staatsbürger seine Handlungen und seinen Verkehr, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten gewirkt werden sollen, nicht nur so einrichten *könne*, daß er diese Absicht erreiche, sondern sie *verpflichten* ihn *bisweilen* sogar, von gewissen, zur Erreichung jener Absicht dienlichen Veranstaltungen Gebrauch zu machen. Die Wichtigkeit gewisser Gegenstände dieses Verkehrs, besonders aber die Betrachtung, daß sie zugleich in das öffentliche Wohl eingreifen, endlich der natürliche und bürgerliche Zustand gewisser Rechtssubjecte gab der Staatsgewalt eine zureichende Veranlassung, die Betheiligten nicht schlechthin sich allein zu überlassen, vielmehr die hier einschlagenden Geschäfte der Besorgung bestimmter öffentlicher Behörden anzuvertrauen, unter deren Leitung selbige die Rechtsbeständigkeit erlangen sollen. Wenn nun gleich

zugegeben wird, daß die bezielte Anordnung nicht sowohl von der Justiz- als von der Polizeigewalt des Staats ausgeht g); so liegt doch darin allein noch kein Hinderniß der vornämlich durch die Eigenthümlichkeit dieser Geschäfte motivirten Ressortbestimmung zu Gunsten der Gerichte. Es mußte vielmehr theils die Aehnlichkeit mit der eigentlichen Obliegenheit des Richteramts, da es sich auch bei der Verhütung künftiger Streitigkeiten von der Aufrechthaltung des Rechtszustandes, öfters selbst von der Auseinandersetzung, wenn gleich nicht streitiger, doch unausgemachter Interessen handelt, theils die Betrachtung, daß zur zweckmäßigen Behandlung dieser Angelegenheiten juristische Kenntnisse gefordert werden, — dieß alles mußte die bezielte Einrichtung den Verfassungs-Gesetzgebungen sehr empfehlen. Mag nun gleich hierin immerhin keine nothwendige h) Veranlassung liegen, die Leitung dieser Geschäfte zu einem besondern Gegenstande der Rechtspflege zu machen, und sie den Gerichten anzuvertrauen, wie man denn auch weit entfernt ist, diesen Zuwachs zur richterlichen Gewalt als eine wesentliche Attribution des Richteramts anzusehen; so ist doch soviel unverkennbar, daß in jenen Betrachtungen ein hinlänglicher

---

g) K. H. v. Gros Lehrbuch der philos. Rechtswiss. oder des Naturrechts (3. Ausg.) §. 386.

h) In sofern und so wie die Sache hier angesehen und behandelt wird, werde ich wohl auch mit denen nicht in Streit kommen, welche durchaus nur streitige Rechtssachen unter die Gerichtsbarkeit subsumiren, und also den Begriff der Gerichtsbarkeit enger nehmen, als er wenigstens in der Praxis bisher genommen worden ist, auch in der deutschen Gerichtsverfassung realisirt vorliegt. (Vergl. F. X. Krüll's Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechts. Landsh. 1802. 8. 1s Bändchen n. I.)

Beweggrund lag zur Erweiterung des Wirkungskreises der Gerichte mit diesem Verwaltungszweige; und diese Verfassung hat sich von der Zeit der Römer bis zu uns erhalten, und besonders in Deutschland mit dem römischen Rechte festen Fuß gewonnen. Ohnehin kannte man hier, von jeher weniger ängstlich mißtrauisch gegen die Vereinigung der Gewalten, auch nur einen einfachen Verwaltungs-Organismus und einfache Ordnungen für das Verfahren. So wie überhaupt hier mehr von den Sitten als von Gesetzen und Verfassungen erwartet worden zu seyn scheint, so galt vielleicht auch der Glaube, daß es mehr auf die Eigenschaften Dessen, der die Gewalt ausübt, als auf noch so gemessene Instructionen und Modificationen dieser Gewalt ankäme, um vor Willkühr gesichert zu seyn; ein Satz, den man überhaupt nicht für ketzerisch erkennen kann.

§. 6.

Schwierigkeiten einer Aenderung dieser Verfassung.

Aber was hindert denn uns Deutsche eigentlich, daß wir eine Reform in diesem Zweige der Rechtspflege nicht sofort beginnen, wofür sich doch schon so viele Stimmen erhoben haben? Sollte die bezielte Einrichtung nur in Frankreich i), sollte überhaupt was dort in

---

i) So wie in Frankreich und wo sonst die französischen Gesetze gelten, die bei uns den Pfarrämtern anvertrauten Register für die Geburts-, Trauungs- und Sterbfälle von den Civilstandesbeamten jeder Gemeinde geführt werden, so besorgen die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich alle Verträge und sonstige Rechtsgeschäfte, welchen die Parteien die Eigenschaft der, öffentlichen Glauben habenden Beurkundung geben lassen wollen oder müssen, ingleichen die Aufnahme der Inventarien und Erbtheilungen die Notarien; die Versiege-

der Justizverwaltung anders ist, als bei uns, nur auf dem Boden jenseits des Rheins gedeihen? — Freilich jener Boden ist auf eine eigenthümliche Weise zubereitet worden. Man darf nicht vergessen, daß dort in Folge der gänzlichen Wiedergeburt der Nation alles neu geworden, während bei uns fast alles beim Alten geblieben, sogar manches schon abgeschaffte Alte, z. B. die Patrimonialgerichtsbarkeit, wieder neu eingeführt worden ist. Indessen an unserer Empfänglichkeit für das Fremde ist darum nicht zu zweifeln; und so fragt man denn billig: warum schaffen wir nicht auch ein Notariat, ein eigenes Hypothekenamt ꝛc., und lassen unsern Gerichten bloß die Rechtspflege in streitigen Sachen? — Der Verfasser dieser Schrift ist gerade kein Gegner von Denen, die in dieser Aenderung eine zeitgemäße Verbesserung erkennen, sowie er sich überhaupt nicht zu den Absolutisten in der Behauptung des Altherkömmlichen zählen lassen möchte. Aber er ist auch von der, wenn gleich geringern Zahl Anderer, welche dafürhalten, Deutschland sey eben nicht das Land, welches eine Ausnahme von dem Erfahrungssatz mache, daß der Theorie vom Bessern in der Anwendung oft Hindernisse entgegenstehen, die wenn auch nicht Resignation doch Behutsamkeit und Vorsicht lehren.

Um nicht durch eine neue Beamtenschöpfung den Staatsaufwand für die Justizpflege gegen den bisherigen vielleicht bedeutend erhöhen, den Unterthanen

---

lungen und Entsiegelungen in Sterbfällen gehören zum Amte der Friedensrichter; das Vormundschaftswesen steht unter der Leitung des Familienraths, dem der Friedensrichter vorsitzt; für die Besorgung der Geschäfte der Hypothekenbuchsführung aber ist eine eigene Behörde unter dem Namen Hypothekenbewahrer angeordnet.

also, es sey nun unmittelbar oder mittelbar, neue Opfer zumuthen zu müssen, hat man schon verschiedene Vermittelungs-Versuche vorgeschlagen. Man hat unter andern vorgeschlagen, aus sämmtlichen Untergerichten eines Landes zwei Classen zu formiren: 1) Collegialgerichte als reine, aller Verwaltung und selbst der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhobene Richterstellen (Tribunale erster Instanz); 2) Gerichte ohne Collegialverfassung, Einzelrichter, denen bezüglich auf die streitigen Sachen der Ressort der französischen Friedensrichter, und ausserdem die freiwillige Gerichtsbarkeit in ihrem vollen Umfang, also auch die Führung des Hypothekenbuchs und das Vormundschaftswesen, endlich die Polizei und mehr oder weniger von der übrigen Regiminal-Verwaltung beizulegen. — Man sieht, hat man irgend Erfahrungen im practischen Leben gemacht, leicht ein, daß für ein solches Einzelgericht, bestehend aus einem Richter und einem oder zwei Actuarien, auf einem Gerichtsumfang von 10, 12, 15 tausend Seelen, die Geschäftsaufgabe wirklich ganz unverhältnißmäßig groß ist, zumal in unserer schreib- und controlseligen Zeit, deren Besserung nun einmal nicht zu erwarten ist. Der Unterthan hätte sonach zwar eine bessere Justiz in seinen wichtigern Streitsachen zu hoffen, die jedoch nur die Ausnahme machen, aber in den täglich vorkommenden, individuell oft sehr bedeutenden Streitsachen wäre er an den Einzelrichter gewiesen, dem überdieß mit den Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit seine theuersten Interessen anvertraut sind. Einen ungerechten Spruch im Prozesse kann er durch ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel unschädlich machen; im Ressort des Einzelrichters, soweit dieser auf nichtstreitige Sachen geht, ist für ihn keine Hülfe, wenn der Beamte ungeschickt oder pflichtwidrig handelt. Die Satisfaction, wozu ihm etwa per varios casus im Re-

greßwege verholfen wird, gleicht oft einem bloßen Schmerzengeld. Aber auch die bessere Rechtspflege in Streitfällen muß er mit manchen Opfern erkaufen k). Jene Collegialgerichte sind von großem Umfange; der Rechtsuchende hat vielleicht eine Tagreise nöthig, um zu ihrem Sitze zu gelangen; er muß sich der Hülfe eines Advocaten bedienen, also nolens volens am Prozeßführen Geschmack finden lernen. Nun denke man sich den Character, die Neigungen, die Lebensart des Volks in den niedern Ständen, folglich der Mehrzahl der Nation und so denn natürlich des bei weitem größten Theils der Rechtshülfbedürftigen, seine Vorliebe für eine Besorgung seiner Angelegenheiten, die möglichst wohlfeil und einfach ist, den Mann also von seinen gewohnten Beschäftigungen am wenigsten abzieht. — Läßt sich nun erwarten, daß jene äusserlich glänzende Verbesserung der Rechtspflege eine wahre Verbesserung seyn, daß sie den Aufwand dafür lohnen, daß damit der Geist der Unzufriedenheit im Volke beschworen werden wird? Und wer kann es ändern, wenn der Bauer in seiner Einfalt eben einmal glaubt, Recht könne man ihm schon widerfahren lassen, wenn man nur wolle, ohne eine neue Steuer?

Man hat auch ein anderes Auskunftsmittel vorgeschlagen, nämlich durch Attribution der freiwilligen Gerichtsbarkeit an die Gemeinden (also an Rechtsunkundige oder Halbkundige!) die Last der Gerichte zu erleichtern und der Collision der richterlichen Pflichten vorzubeugen. Es ist dieß namentlich in Würtemberg und in gewisser Art auch in Baden practisch versucht worden und es mögen über das Ergebniß Diejenigen ur=

---

k) Vergl. die vorhin Seite 4. Note a angeführte Schrift Th. I. §. 71. Th. II. §. 237. Note p.

urtheilen, die selbiges in der Nähe zu beobachten Gelegenheit haben. Nur das ist dabei zu bedenken, daß zu einer richtigen Einsicht von dem Erfolg eine längere Beobachtung erforderlich ist. Denn gerade die nichtstreitige Rechtspflege hat das Eigene, daß ihre Folgen gewöhnlich erst nach Jahren zum Vorschein kommen. Sieht man übrigens bei dieser Verbesserung nur auf die Erleichterung der Gerichte, so ist damit zunächst nur diesen, den Parteien aber nur mittelbar und zufällig geholfen. Bleibt überdieß den Gerichten doch noch ein Theil der Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich die eximirten Fälle (§. 11. Nr. 5.) oder haben die Gerichte die Aufsicht auf die das Notariat, das Hypotheken- und Vormundamt führenden Behörden (Gemeinderäthe, Amtsnotarien, Amts-Revisorate ꝛc.), wie dieß mehr oder weniger in den benannten Ländern der Fall ist [1]); so ist nur halb geholfen und das Prinzip nicht strenge durchgeführt. Denn haben die Gerichte eine Aufsicht und Controle über die verwaltenden Organe zu führen, haftet also auf ihnen eine Verantwortlichkeit wegen deren Verabsäumung; so können sie vorkommenden Falls eben so wenig unbefangen richten, als wenn sie jene Geschäfte unmittelbar selbst besorgen. Aus diesem Grunde scheint auch ein ganz neuerlich für die bessere Organisation der bayer. Landgerichte gemachter Vorschlag: die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur selbstständigen Bearbeitung unter die einzelnen Gerichtsmitglieder zu vertheilen, und dem Landrichter, der als Gerichtsvorstand übrigens die contentiose Jurisdiction respiciren solle, die Aufsicht zu übertragen, — unhaltbar. Soll die Verbesserung nicht bloß

---

1) Hufnagel und Scheurlen, die Gerichtsverfassung der deutschen Bundes-Staaten I. Bd. (Tüb. 1829. 8.) S. 379. 425. 444. 473.

als eine halbe Maßregel erscheinen, so muß die Einrichtung so seyn, wie in Frankreich, wenigstens was die Justizhierarchie im Allgemeinen betrifft; denn was besonders der Pflege der nichtstreitigen Sachen dort anlangt, so möchte man diese gerade nicht zum Gegenstand der Empfehlung machen. Es muß die Trennung der Justiz von jeder Art der Verwaltung vollständig durchgeführt, und der erkennende Richter in jeder Instanz auch nicht durch die Obliegenheit einer Aufsicht und Controle in den Zustand einer Befangenheit versetzt seyn. Reichen dazu unsere Mittel nicht hin, sondern nur zu Surrogaten, so wollen wir uns wenigstens nicht zu viel darauf einbilden. Es sind Experimente, die immer mit Kosten verknüpft sind, Erschütterungen und Verwirrungen verursachen und nur so lange gewöhnlich die Probe halten, bis sie ein neues Experiment verdrängt.

Der Verfasser dieser Schrift hat 34 Jahre lang als Vorstand von Untergerichten Erfahrungen zu sammeln Gelegenheit gehabt, theils bei solchen, wo bloß streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit vereinigt zum amtlichen Wirkungskreise gehörte, theils bei solchen, wo ausserdem mit der Justiz auch die Polizei und sonst öffentliche Administration cumulirt war. Er will nun seine Ueberzeugung unbefangen und gewissenhaft aussprechen, und diese geht dahin: Nicht in der Mannigfaltigkeit und innern Unverträglichkeit der Geschäfte liegt das Uebel, worüber besonders bei den Untergerichten mancher Länder geklagt wird, es liegt einzig in der Ueberlast der Geschäfte, eine Folge zu großer Amtsbezirke und eines zu verwickelten Geschäftsganges, wo man besonders vor lauter Controlen höchstens der Form, selten dem Wesen der Sache genug thut, vorzüglich aber eine Folge der unnatürlichen Verbindung der ganzen öffentlichen Verwaltung mit wenigen Ausnahmen mit der Ju-

stiz, wo diese monströse Einrichtung nämlich noch Statt findet m). Deswegen bin ich überzeugt, daß, wenn nur die Aemter nicht unverhältnißmäßig groß, und die Beamten nicht neben der Justiz, so daß diese oft als Nebensache behandelt werden muß, mit einer Masse von Polizei- und andern Gegenständen der öffentlichen Verwaltung beladen werden, wenn ferner für Anstellung nicht bloß wissenschaftlich und practisch, sondern auch sittlich bewährter Männer im Richteramte gesorgt wird, — alsdann die Vereinigung der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit bei den Untergerichten bei weitem nicht die Nachtheile hat, die man sich gewöhnlich in der Theorie davon vorstellt. Nur dafür muß zugleich gesorgt werden, daß der Richter nicht in eigener Sache, also in den von ihm respicirten und hiernächst etwa angefochtenen Geschäften sein richtendes Amt verwalten darf. Daß dieß zu verhüten gar wohl practisch ausführbar ist, ohne daß es einer eigenen Beamtenschöpfung bedarf, habe ich anderwärts gezeigt n). Fälle dieser Art kommen übrigens in dem Grade seltener vor, als bei der objectiven und subjectiven Organisation den erstbemerkten Forderungen genügt worden.

§. 7.

Wichtigkeit dieses Verwaltungszweiges.

Es ist hier von Geschäften die Rede, die rücksichtlich ihrer Wichtigkeit denen, die bei der streitigen Ge-

---

m) Wer das Ausführlichere hierüber lesen und unmöglich Scheinendes in der Wirklichkeit sich vor die Augen führen will, den verweise ich auf meine Schrift: über die bürgerl. Rechtspflege und Gerichtsverfassung Baierns. Erlangen 1826. Seite 167 ff.

n) Vergl. die oben S. 4. angeführte Schrift Thl. I. §. 73.

richtsbarkeit vorkommen, wenigstens nichts nachgeben, so untergeordnet auch die Stelle ist, die ihrer Behandlung sowohl in der Lehre als in der Ausübung hie und da angewiesen wird. Zur richtigern Würdigung derselben braucht man wohl nichts weiter anzuführen, als daß von ihrer geschickten oder ungeschickten Behandlung Glück und Wohlstand nicht bloß der betheiligten Individuen, sondern oftmals ganzer Familien, die Sicherheit des gegenseitigen Verkehrs und des Credits der Staatsbürger abhängt, und daß auf ihnen überhaupt Treu und Glauben, also die ersten Stützen des bürgerlichen Vereins, beruhen. Geschäfte von solchem Einfluß auf den Nationalwohlstand sind daher in keiner Beziehung Geschäfte niederer Ordnung; sie sind es auch nicht in Rücksicht auf das Maß der zu ihrer Besorgung erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse. Der Richter, welcher durch geschickte Leitung einer Erbtheilung oder sonst einer Auseinandersetzung, durch vorsichtige Aufnahme eines Gesellschaftsvertrags, Testaments u. dgl. künftigen Prozessen vorbeugt, erwirbt sich ein großes Verdienst um die Parteien, welche, was ihr Wohl oder Wehe so nahe angeht, ihm anvertrauen oder anvertrauen müssen, — ein Verdienst, worauf der bloß Recht sprechende Richter schon darum weniger Anspruch machen kann, weil er für den Erfolg seiner Wirksamkeit minder verantwortlich ist, und ein etwa begangenes Versehen durch einen höhern Richter wieder gut gemacht werden kann. Dieß ist es aber nicht allein: auch in Beziehung auf wissenschaftliche Verdienstlichkeit steht jener, wenn er anders leistet, was er leisten soll, diesem nicht nach. Die Erfahrung lehrt, daß es in den meisten Fällen leichter ist, einen Prozeß zu instruiren und zu entscheiden, als demselben vorzubeugen. Die bündige, alle Irrungen und Zweifel zum voraus abschneidende Fassung eines Vertrags-Instruments for-

dert in ihrer Art gewöhnlich eben die Umsicht und den Scharfsinn, den der Verfasser eines Gesetzes anzuwenden hat. Mit bloßem redlichen Willen, mit gemeinem schlichten Menschenverstand, wie man wohl zu sagen pflegt, und mit Routine allein kommt man hier durchaus nicht aus; auch nicht bloß mit Pünktlichkeit und Ordnungsliebe. Sollen Prozesse vermieden werden — und dahin geht ja eben hauptsächlich die richterliche Thätigkeit bei den nichtstreitigen Rechtsgeschäften, weil die Erfahrung lehrt, daß die allermeisten Rechtsstreite über pecuniäre Interessen weniger in Streitlust, als in mangelhafter Bestimmung der Rechtsverhältnisse ihren Entstehungsgrund haben o); — so müssen diese Geschäfte mit genauer Kenntniß ihrer Eigenschaften, gesetzlichen Erfordernisse und Wirkungen behandelt werden. Der Richter muß besonders da, wo die Gesetze mangelhafte Bestimmungen enthalten, die autonomische Befugniß der Betheiligten geltend machen, also durch bestimmte Verabredungen Vorsehung treffen lassen. Er muß auch die Einwendungen kennen, die dem Geschäft entgegengesetzt werden können, mithin als Mann, fest in Theorie und Praxis, sich zeigen. Denn gerade die Erfahrung eines theoretisch gebildeten p) Rechtsgelehrten,

---

o) Man könnte in der That die Prozeßtabellen mancher Gerichte als den wahren Wärme-Messer der Tüchtigkeit und des Eifers dieser Gerichte bei diesem Verwaltungszweig gelten lassen, wenn man keine Gelegenheit hat, die Kälte und Gleichgültigkeit, womit dabei zu Werke gegangen wird, unmittelbar zu empfinden. — Für solche Geschäftspfleger scheint es wirklich noch des Beweises zu bedürfen, daß Prozesse ein Uebel in der bürgerlichen Gesellschaft sind, den der Verfasser des "Grabes der Chikane" den Gläubigen und Ungläubigen auf 40 Seiten geliefert hat!

p) Das muß er freilich seyn der Practiker; den rechtswissen-

also nicht die Practik eines Routiniers allein, ist hierin die beste Wegweiserin. Erwägt man endlich noch, daß

---

schaftlichen Sinn muß jeder besitzen und sich zu erhalten suchen, der einen Richterposten bekleidet, in streitigen Angelegenheiten sowohl als in nichtstreitigen. Leider vergessen dieses so viele ausübende Rechtsgelehrte, und das Leben in der Praxis ist bei einem großen Theile derselben der Tod der Wissenschaftlichkeit. Ohnehin ist der Jurist in Beziehung auf eigentliche gelehrte Bildung nicht im besten Rufe, und wenn es wahr ist, daß "unter allen "Ständen Deutschlands, welche eine Stelle unter den ge"lehrten zu behaupten suchen, zuletzt die Juristen einen "Begriff von humaner Bildung bekommen und in sich dar"gestellt haben" (W. Mejers Anleit. zur Rechtserlernung für Deutsche, die Schul- und Univers. Studien umfassend. Eisenach 1818. S. 19.), so haben wir weiter nicht Ursache, uns zu überheben. Kann man uns aber auch vollends noch vorwerfen, daß wir höchstens Bekenner, nicht Kenner der Jurisprudenz seyen, das heißt also: nicht verstehen, was zu unserm Berufe gehört; so ist es schlimm, und statt daß der Practiker als Rechtsgelehrter in Theorie und Praxis vollendet erscheinen sollte und könnte, weil bei ihm theoretisches Wissen und Erfahrung zusammenwirken, müssen wir uns von den eigentlich sogenannten d. h. zunftmäßigen Gelehrten gefallen lassen, wenn sie uns in die Reihe wissenschaftlicher Handwerker herabsetzen. — Hat doch noch ganz neuerlich einer jener Gelehrten, "weil es bisher noch keinem Andern eingefal"len" (das sagt er selbst), für nöthig erachtet, eine eigene Abhandlung über die Contrakte, welche wir mit den Handwerkern schließen, zu schreiben, und die Practiker hierüber zu belehren, indem er meint, es möchten unter den practischen Juristen wohl manche seyn, welche diese so gewöhnlichen Geschäfte des gemeinen Lebens nicht gehörig zu classificiren verständen, die einen Kauf- mit einem Miethscontrakt, wohl gar (also was noch ärger wäre?) einen Miethscontrakt mit einem Mandat verwech-

die Parteien sowohl als der Richter aus Mangel an Controlen leicht Gefahr laufen können, bei einer zweckwidrigen Behandlung dieser Geschäfte, — erstere, in weitaussehende Rechtsstreitigkeiten verwickelt zu werden, letzterer, schwere Verantwortung auf sich zu laden, während im Prozesse wachsame Anwälte und Oberrichter ein menschliches Versehen, welches überdieß an sich seltener zum Regreßanspruche qualificirt, wieder gut machen können; so bedarf es wohl weiter keiner Rechtfertigung des Standpunktes und Ranges mehr, den dieser Verwaltungszweig in den Augen des erfahrnen Geschäftsmannes einnimmt. Darum muß man denn auch von der Weisheit unserer Regierungen erwarten, daß — welche Stelle sie auch diesem Verwaltungszweige bei der Gliederung der Rechtspflege anweisen mögen, — es doch keine andere seyn wird, als eine seinem Gegenstand und zugleich seinem geschäftlichen Umfang angemessene, daß man ihn also nicht als einen Nebenzweig behandeln werde, den ein mit andern Functionen überladener Beamter etwa noch nebenher mit versehen könne.

§. 8.

Umfang der freiwilligen Gerichtsbarkeit und gemeinsame Begründung.

Die den Gerichten übertragene Fürsorge für die Aufrechthaltung des Rechtszustandes auch da, wo er noch nicht angefochten ist, mithin ausser dem Fall eines Rechtsstreites, und also die Sicherung gegen künftige, bloß besorgliche Rechtsverletzungen, soweit deren Abwendung überhaupt in den Kreis der Justiz, nicht der

---

seln. Gesterding's alte u. neue Irrthümer der Rechtsgelehrten. Greifswalde 1818. St. IV. S. 83. — Was für arme Schelme von practischen Juristen mag Hr. G. hier vor Augen gehabt haben!

Polizei fällt, — ist der Zweck der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§. 3.). Es äussert sich aber die Thätigkeit der Gerichte hiebei nach verschiedenen Formen und Richtungen:

I. durch Mitwirkung bei Rechtsgeschäften,

II. durch Mitwirkung bei andern Rechtsangelegenheiten nichtstreitiger Art,

III. zum Zwecke der den Gerichten anvertrauten vormundschaftlichen Gewalt des Staats.

Denn es kommt hiebei theils auf Unterstützung des Verkehrs bei der Erwerbung, Erhaltung und Veränderung von Rechten im friedlichen Zustande an, theils auf Geltendmachung einer eigenthümlichen Fürsorge für eine besondere Classe von Schutzbedürftigen.

§. 9.

Fortsetzung.

Auf I. Der Gegenstand der richterlichen Mitwirkung sind hier Rechtsgeschäfte der Staatsangehörigen oder Handlungen, welche die Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen ausser Streitfällen bezwecken, und zwar

a) Geschäfte unter Lebenden, nämlich Verträge, oder auch einseitige Willenserklärungen, welche die Erwerbung, Erhaltung oder Veräusserung eines Rechts betreffen, wie die Erklärung einer Erbschaftsantretung, Protestationen, Verzichte, Quittungen ꝛc.

b) letztwillige Verordnungen.

Es ist wegen des Zwecks der richterlichen Mitwirkung im Allgemeinen folgendes zu bemerken. Wenn die Gesetze für den Verkehr der Staatsbürger gewisse Normen vorschreiben, und wenn sie insonderheit von der rich-

terlich obrigkeitlichen Mitwirkung die bessere Erreichung des Zwecks erwarten, so gehen sie hiebei von der Betrachtung aus:

da die Meinungs-Verschiedenheit über den Umfang der Rechte und Verbindlichkeiten, die das Product jenes Verkehrs ausmachen, ein Uebel in der bürgerlichen Gesellschaft ist, so muß der Verkehr soviel möglich so eingerichtet seyn, daß ein vernünftiger Zweifel darüber entweder überhaupt nicht entstehen oder im Rechtswege ohne Schwierigkeit gehoben werden kann. Als Mittel zu diesem Zwecke erscheint aber die Leitung des Verkehrs durch den Richter (§. 5.), sofern als dieser nicht nur der Gesetze kundig, sondern selbige auch mit einer die Privatwillkühr, soweit sie hinderlich ist, überwiegenden Kraft geltend zu machen im Stande ist.

So wie bei jedem Rechtsgeschäfte, wenn es schriftlich errichtet werden soll, was von einer gerichtlichen Handlung nach deutschem Regime überhaupt unzertrennlich ist, es auf zweierlei ankommt: Abschließung und schriftliche Abfassung, so kann auch die gerichtliche Mitwirkung nach dieser zweifachen Beziehung eintreten. Sie kann nämlich

1) bloß das letztere Erforderniß oder die Theilnahme an der schriftlichen Abfassung bezwecken. Hier soll mit Hülfe des Richters der Willensausdruck bei der Niederschreibung so gefaßt werden, daß künftigen Zweifeln und Irrungen über das Geschäft entweder vorgebeugt oder doch deren Entscheidung erleichtert werde. Dabei ist denn zunächst nur von der äussern Form die Rede, und die richterliche Concurrenz hat weiter keinen Zweck, als über die Handlung eine Beweisurkunde zu gewähren, wenn schon auch hier der Richter rücksichtlich des Inhalts oder des Materiellen des Geschäfts

nicht schlechthin gleichgültig sich verhalten darf, sofern als er zu gesetzwidrigen oder zwecklosen Handlungen überhaupt nicht mitwirken soll, vielmehr um dergleichen zu verhüten sein prüfendes Amt geltend machen muß.

2) Bisweilen soll aber der Richter noch weiter gehen, seine Leitung ausser der äussern Form auch die innere oder die Art und Weise der Abschließung des Geschäfts in's Auge fassen. Er soll prüfen, ob selbiges nicht nur überhaupt gesetzmäßig errichtet sey, sondern auch, ob es in Ansehung des Interesse der unmittelbar oder mittelbar Betheiligten, also der Contrahenten und des allgemeinen Wohls, den Anforderungen der Zweckmäßigkeit entspreche, folglich dem rechtlichen Vortheil aller irgend Betheiligten gemäß sey. Dieß ist, wie hier vorläufig bemerkt wird, besonders die Tendenz bei den s. g. gemischt freiwilligen Handlungen, welche schlechterdings die Geltendmachung der fürsorglichen richterlichen Autorität fordern, indem es hiebei auf Untersuchung der Verhältnisse des Geschäfts in sub- und objectiver Hinsicht und auf eine sentenzartige Erklärung des Richters darüber ankommt.

Auf II. Nächst der Mitwirkung zu den eigentlichen Rechtsgeschäften sind den deutschen Gerichten auch noch mancherlei andere Functionen übertragen, deren Zweck Sicherung der Privatrechte ist, in Fällen, wo es nicht auf Erörterung und Entscheidung darüber entstandener Streitigkeiten ankommt, sondern bloß auf Ordnung, Befestigung und Beglaubigung jener Rechte im Einverständnisse mit den Betheiligten. Die Thätigkeit des Richters zeigt sich hiebei 1) in der Anwendung bestimmter Geschäftsformen, oder auch 2) in der Verwaltung gewisser Anstalten, welche die Legalität und Gewißheit besonderer Arten des rechtlichen Verkehrs bezielen. Hier ist überall nicht sowohl die Thätigkeit der Parteien, als

die geschäftsmäßige Behandlung von Seiten der Gerichte der hervorstechende Character der Handlung. In der Beziehung auf 1. gehören hieher die Geschäfte der Gerichte

bei Ausfertigung von Zeugnissen und Beglaubigungen aller Art, bei Versiegelungen besonders eines Vermögens-Inbegriffs (Obsignaturen), bei Inventuren, Schätzungen, Versteigerungen, bei Erbtheilungen und andern Gemeinschafts-Auseinandersetzungen, bei Regulirung der Grenzen des Grundeigenthums u. dgl.

soweit es bei allen diesen Geschäften, wie gedacht, auf Behandlung im friedlichen Wege ankommt. In der Beziehung auf 2. erscheinen uns die Institute

des Hypothekenbuchs und

der Depositalanstalt.

Endlich gehört in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit

auf III. die Fürsorge für diejenigen Staatsangehörigen, welche im Zustande der rechtlichen Handlungsunfähigkeit der Vertretung eines väterlichen Gewalthabers entbehren, und daher des Schutzes des Staats auf eine besondere Weise bedürfen, — das Vormundschaftsamt der Gerichte.

§. 10.

Fortsetzung. Competenz-Eigenheiten.

Obgleich die unter Num. II. bemerkten Gerichtshandlungen, da sie in der Regel im friedlichen Wege (inter volentes) vor sich gehen, vorzugsweise in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören, so kommen sie doch auch, zum Theil wenigstens, im Streitverfahren vor, es sey nun zum Zwecke der Beweisfüh-

rung, z. B. eine Taxation, oder auch incidenter, etwa bei Regulirung eines Provisoriums, einer Cautionsleistung, oder auch in der Executions-Instanz, bei Zwangsverkäufen u. s. w. Auch hier ist indessen die Form ihrer Behandlung dieselbe, wie ausser Streitfällen. Eine Inventur im Concurse der Gläubiger zur Herstellung der Masse geschieht nach den nämlichen Formen, wie zum Behuf der friedlichen Vertheilung einer Erbschaft, wie denn überhaupt das Concursverfahren das Eigene hat, daß dabei, besonders was die Behandlung der Activmasse betrifft, viele nichtstreitige Handlungen vorkommen q). — Nur in Ansehung der Competenz zur Vornahme einer solchen Handlung (und dieß gilt auch von dem ad III. bemerkten Geschäftsgegenstand) zeigt sich eine Verschiedenheit je nach Beschaffenheit des Gerichtsorganismus: ob nämlich hiernach das Gericht

a) die streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit, oder

b) nur die streitige, oder

c) nur die freiwillige

auszuüben hat. Gerichte dieser verschiedenen Kategorien gibt es namentlich in Bayern, und zwar nicht darum, weil hier etwa die Justizhierarchie, wenigstens dermal schon, dem Ideal von der Trennung alles dessen, was nicht zum entscheidenden Richteramte gehört, von den eigentlichen Gerichtsstellen entspräche, sondern wegen des Bestehens von Patrimonialgerichtsbarkeiten des Adels. Einige Patrimonialgerichte sind nämlich bloß auf die freiwillige Gerichtsbarkeit über die Grundholden der Berechtigten beschränkt (Patrim. Gerichte II. Classe), indeß die streitige über diese Grund-

---

q) Meine Schrift: über den Concursprozeß ꝛc. (Erlangen 1827.) §. 145 ff.

holden den königlichen Gerichten übertragen ist. — Die bemerkte Verschiedenheit zeigt sich nun darin, daß in dem Fall ad a. das Gericht alle bei Gelegenheit des Streitverfahrens nothwendig werdende nichtstreitige Handlungen ohne weiters vornimmt, während in dem Fall ad b. selbige in den Wirkungskreis des zur freiwilligen Gerichtsbarkeit Berechtigten fallen, es wäre denn, daß die Handlung einen integrirenden Theil des Streitverfahrens selbst ausmachte. Kommt es daher bei einem klagbar angebrachten Erbschaftsanspruch auf Herstellung der Verlassenschaftsmasse an, oder ist eine der streitenden Parteien noch unter Vormundschaft zu setzen, so muß das zur Vornahme der Inventur und zur vormundschaftlichen Gewalt kraft des Besitzes der freiwilligen Gerichtsbarkeit befugte Gericht um die erforderliche Geschäftspflege von dem Richter der Streitsache requirirt, oder es müssen die Parteien, vor demselben das Nöthige zu bewirken, angewiesen werden. Dagegen nimmt der Concursrichter ohne weiters für sich die Siegelung und Verzeichnung der verschuldeten Vermögens-Masse vor u. s. w. wenn ihm auch gleich der Schuldner nur in contentiosis unterworfen ist, und die fraglichen Handlungen sonst zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören. Da endlich — der Fall ad c. — der Besitz der jurisdictio vol. allein keine Befugniß zur Entscheidung streitiger Sachen gibt, so kann der bloß dazu Berechtigte (also in Bayern ein Patrim. Gericht II. Classe) keine Erbtheilung vornehmen, so lange das Erbrecht oder die Art der Theilung streitig ist und es also auf eine bloß dem ordentlichen Civilrichter zustehende Cognition ankommt. Eben so wenig kann er eine Vormundschaft über einen Wahn- oder Blödsinnigen oder über einen Verschwender anordnen, bis der Grund der Curatelbestellung durch Erkenntniß des competenten Richters in Streitsachen feststehet.

Wie verschieden modificirt übrigens gleich die Functionen der Gerichte bei den mancherlei Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind, so beruht doch das Verfahren auf der gemeinsamen Vorstellung

von einer, auch ausser den Fällen, wo Mein und Dein streitig geworden ist, eintretenden Nothwendigkeit oder doch Zweckmäßigkeit eines besondern Staatsschutzes — realisirt durch die Gerichte und wirksam sich äussernd für die Sicherung des Rechtszustandes unter den Staatsangehörigen, soweit deren Kräfte dazu allein unzureichend sind.

Wie diese Unzulänglichkeit der eigenen Kräfte der Betheiligten bald nach einer für gewisse Fälle allgemeinen gesetzlichen Annahme, bald nach der eigenen subjectiven Vorstellung der Betheiligten eintreten kann, davon sollen nun vorläufig die allgemeinen Grundsätze angegeben werden.

§. 11.

Allgemeine Grundsätze der richterlichen Mitwirkung bei den Rechtsgeschäften.

Auch in der Lehre von der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wo wir es nur mit besorglichen Störungen der Rechtssicherheit und deren Abwendung zu thun haben, ist es Forderung an eine gründliche Behandlung, gewisse allgemeine Grundsätze sowohl für die Competenz der richterlichen Hülfe als für die Art und Weise ihrer Geltendmachung festzusetzen. Namentlich gilt dieß von der, den eminenteren Theil des nichtstreitigen Verfahrens ausmachenden, richterlichen Mitwirkung bei den Rechtsgeschäften (§. 9.). Diese Grundsätze ergeben sich theils aus positiven gesetzlichen Bestimmungen, theils und hauptsächlich aus der Natur der Verhältnisse. Um sie aus dieser letztern Quelle richtig abzuleiten, dient die Erwägung folgender Umstände: daß

es sich hier von veräusserlichen Rechten handelt; — daß jeder rechtliche Geschäfte vornehmende Staatsbürger das Recht und die Obliegenheit hat, seine eigenen Kräfte dafür geltend zu machen; — daß es also der Staatshülfe nur soweit bedarf, als der Selbstthätigkeit der Handelnden Hindernisse entgegenstehen, zu deren Entfernung ihre eigenen Kräfte nicht zulänglich sind; — daß diese Unzulänglichkeit ordentlicher Weise ebenfalls von der Beurtheilung der Handelnden selbst, als freithätiger Wesen und Betheiligter, abhängen muß; — daß jedoch die Staatsgewalt berechtigt ist, für die Fälle der Collision zwischen den Befugnissen der Einzelnen und dem allgemeinen Staatswohl gewisse, jene Befugnisse beschränkende Normen vorzuschreiben; — daß der Richter nie als parteilich handelnd erscheint, und endlich daß das bezielte Product der vereinten richterlichen und parteilichen Thätigkeit materiales, nicht bloß formales Recht seyn soll.

Die sich hieraus ableitenden Grundsätze sind nun folgende:

1) Die Rechtshülfe bei den nichtstreitigen Angelegenheiten und namentlich die richterliche Mitwirkung bei den Rechtsgeschäften tritt nur auf Verlangen der Betheiligten ein.

2) Während da, wo und soweit es der zwangsweisen Wiederherstellung des gestörten Rechtszustandes gilt, die Privatkräfte der Betheiligten, wenigstens unmittelbar für den Zweck unanwendbar sind, indem die Selbsthülfe im Staate verboten ist, sind die nichtstreitigen Angelegenheiten von der Art, daß sie von den Betheiligten eigentlich selbst besorgt werden können und müssen.

3) Nur wenn die Kräfte der letztern allein unzulänglich sind, tritt die Hülfe des Staats und seiner

Organe, der Richter, ein und sie zeigt sich besonders wirksam für die Entfernung der Hindernisse, welche der Selbstthätigkeit der Geschäfts-Interessenten entgegenstehen. Ein positives Einwirken zur Erzielung eines bestimmten Products der parteilichen Willensthätigkeit liegt nirgends in der Befugniß der Gerichte.

4) Ob eine Nothwendigkeit zur Anwendung der gerichtlichen Hülfe vorhanden ist, kann eigentlich nur in vorkommenden Fällen, und muß von den Betheiligten beurtheilt werden (Nr. 1.).

5) Ausnahmsweise haben jedoch die Gesetze diese Unzulänglichkeit der Privatkräfte, aus Gründen einer nothwendigen Fürsorge für gewisse Betheiligte und Verkehrsverhältnisse, oder überhaupt aus Rücksichten für das öffentliche Wohl, in gewissen Fällen angenommen, ja sie haben diese Annahme dergestalt sanctionirt, daß ohne Rücksicht auf die Umstände in concreto die richterliche Hülfe eintreten und sich durch eine eigenthümliche Mitwirkung zu den in diese Kategorie gehörigen Angelegenheiten äussern muß.

6) Diese ausserordentliche Hülfe tritt entweder kraft der Jurisdiction oder kraft der obervormundschaftlichen Gewalt ein und äussert sich bald in Ansehung der formellen bald zugleich der materiellen Behandlung eines Rechtsgeschäfts.

7) In Ansehung der Form, als eines Gegenstandes des öffentlichen Rechts, ist die richterliche Thätigkeit unabhängig von der Willkühr der Parteien. Dieß verhält sich anders

8) rücksichtlich des materiellen Theils (des Inhalts, der innern Form) der rechtlichen Handlung, selbst die sonst eximirten Geschäfte (Nr. 5.) nicht schlechthin ausgenommen. Dem Richter steht es auch hier nur zu, dafür zu sorgen, daß sich die Willkühr der Handelnden

in

in den gesetzlichen Schranken dem beabsichteten Zwecke gemäß bewege, und daß die unvollkommene Willensthätigkeit der seiner besondern Fürsorge empfohlenen Geschäftssubjecte im rechtlichen Interesse derselben ergänzt werde, überhaupt also bloß die Hindernisse der Selbstthätigkeit der Betheiligten zu beseitigen. Nur wenn die parteiliche Willkühr den Zweck vereitelt oder Gesetzwidriges beginnt, oder auch der Handlung unzubeseitigende Hindernisse entgegenstehen, ist der Richter befugt und schuldig, dieselbe für unzulässig zu erklären. Ein willkührliches Veto ist ihm nirgends eingeräumt.

9) Selbst wo es das individuelle Beste der Handelnden zu fordern scheint, darf die Mitwirkung des Richters nicht in der Gestalt einer vormundschaftlichen Gewalt über selbstständige und handlungsfähige Staatsbürger sich geltend machen; es steht ihm nur die Befugniß einer bescheidenen Erinnerung zu.

10) Noch mehr beschränkt ist die richterliche Mitwirkung in den nicht eximirten Fällen; überall jedoch unbeschadet der amtlichen Wirksamkeit für den Zweck, wofür sie angeordnet ist, namentlich wo es der Form des Geschäfts (Nr. 7.) oder auch der Verhütung zwecklofer oder rechtswidriger Festsetzungen (Nr. 8.) gilt.

11) Auch in den eximirten Fällen tritt, soweit als bloß von der materiellen Behandlung die Frage ist, die Thätigkeit des nicht parteilich interessirten Richters nur leitend und ergänzend, also zur Unterstützung und Aushülfe (subsidiarisch) ein.

12) Die richterliche Concurrenz mag in Folge freier Wahl oder gesetzlicher Nothwendigkeit eintreten, so ist Vertrauen ihre wesentliche Grundlage. Deswegen und weil Beförderung des rechtlichen Interesse aller Betheiligten bezweckt wird, wird von dem Richter auch hier

strenge Unbefangenheit und Entfernung von jeder einseitigen Begünstigung gefordert. Er kann und soll zwar, wo es Noth thut, belehren, nicht aber einem Theile allein zur Gefährde des andern rathen.

13) Die Tendenz der richterlichen Mitwirkung bei einem Rechtsgeschäfte geht darauf, eines Theils die Ueberzeugung zu bewirken, daß dasselbe auf eine bestimmte Weise mit rechtlicher Möglichkeit zu Stande kommen konnte und wirklich zu Stande gekommen sey, andern Theils aber diese Ueberzeugung durch das Mittel der Schrift dauernd zu begründen.

14) Die richterliche Thätigkeit, wodurch jene Ueberzeugung (Nr. 13.) bewirkt werden soll, äussert sich auch in der Form eines schließlichen Ausspruchs (decretum): daß das gepflogene Geschäft auf rechtsbeständige Weise zu Stande gekommen sey ("richterliche Bestätigung"). Dieser Ausspruch erhält nur eine Erklärung der eigenen Ueberzeugung des Richters von dem Resultate seiner Prüfung und ist weder der Ausdruck einer parteilichen Einwilligung (consensus), noch hat er die Kraft einer im Streitverfahren zur Bewirkung eines formalen Rechts gefällten Entscheidung. Daher wirkt die richterliche Bestätigung, wie jede andere formrichtige Handlung des Richters, zwar die Vermuthung der Gesetzmäßigkeit des Geschäfts, ändert aber im Uebrigen nichts an dessen Wesen und rechtlicher Wirksamkeit.

II. Einiges über den Ursprung und die Ausbildung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Deutschland.

§. 12.

Interesse und Tendenz dieser rechtshistorischen Episode.

Die Vorstellung, daß die Trennung der freiwilligen von der streitigen Gerichtsbarkeit im Amte der Richter r) eine unerläßliche, jede andere, namentlich selbst die finanzielle Rücksicht überwiegende Forderung an den Staat und seine Rechtspflege sey, macht sich bekanntlich in unserer Zeit immer mehr geltend. Welchen Theil hieran die Erfahrung aus dem wirklichen Leben hat und ob auch jeder, der für die Nothwendigkeit einer Reform des Bestehenden spricht und davon allein das Heil unserer Justiz erwartet, wirklich recht weiß, was die Klagen der Rechtshülfe-Bedürfenden in manchen Ländern eigentlich veranlaßt, — das soll hier nicht weiter untersucht werden. Genug, jene Vorstellung scheint sich einmal der öffentlichen Meinung, und was man dafür

---

r) Von der Trennung dessen, was nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche eigentlich zur Verwaltung gerechnet wird, oder der Regierungssachen von der Rechtspflege, ist hier nicht die Rede; — diese Trennung wird als heilsam ja als nothwendig niemand in Zweifel ziehen: denn hier findet auch nicht einmal ein verwandtschaftlicher Nexus Statt. Rechtsgeschäfte zu leiten, den friedlichen Verkehr durch die gerichtliche Autorität zu unterstützen, Pflegbedürftigen Schutz und Fürsorge zu gewähren — das ziemt dem Manne, der im Uebrigen Recht und Gerechtigkeit zu handhaben berufen ist; dagegen Soldaten enroliren, die Verwaltung des Gemeindevermögens controliren, Victualien visitiren, Truppen einquartiren, Kuhpocken-Impfungen dirigiren u. dgl. damit muß man ihn verschonen.

anzunehmen pflegt, bemächtigt zu haben, und gegen diese hat bekanntlich die Opposition immer einen schweren Stand. So soll denn das vorhin (§. 6.) über die Schwierigkeiten dieser Reform Erinnerte hier genügen. Nur mag es theils eben wegen der Verschiedenheit der Ansichten in rechtspolitischer Beziehung, theils zur Erklärung des Bestehenden auf geschichtlichem Wege nicht ohne Interesse seyn, einige Blicke auf die fragliche Verfassung in ihrem Ursprunge zu thun. Es wird sich hiebei ergeben, daß diese Einrichtung nicht nur dem Volke, dem wir das meiste verdanken, was wir als Juristen wissen, sondern auch unsern Vorältern bekannt war, und daß sie sich bis jetzt auf uns fortvererbt hat, während manches Andere in der Gerichts- und Rechtsverfassung im Strome der Zeit untergegangen oder doch wesentlich verändert zu uns gekommen ist. Der Verfasser wird sich aber bei dieser geschichtlichen Darstellung kurz fassen, und er will daher die Leser besonders auf das verweisen, was ein angehender, für diese Disciplin thätig sich interessirender Schriftsteller aus der Zahl der Theoretiker hierin jetzt schon geleistet hat und künftig noch zu leisten verspricht s).

Römisches und in gewisser Beziehung canonisches, besonders aber deutsches Recht und deutsche Verfassungen enthalten die Elemente des Theils der practischen Jurisprudenz, den wir unter dem Ausdrucke freiwillige Gerichtsbarkeit begreifen. Auch darf hiebei der Einfluß der Gewohnheit unserer Landsleute, wenigstens in den niedern Ständen, also doch immer in dem größten Theile der Nation: in allen ihren rechtlichen Angelegenheiten zuvörderst bei der ihnen vorgesetz-

s) Ferd. Oesterley's Versuche aus dem Gebiete der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hannov. 1830. 8.

ten, mit Gerichtsgewalt versehenen Obrigkeit Rath und Hülfe zu suchen, als mitwirkende Ursache nicht zu gering angeschlagen werden. Aus diesen Elementen haben sich die Grundsätze und Regeln für die Behandlung der hier einschlagenden Geschäfte unter den Händen der Doctrin und Gerichtspraxis zu einer Art von System ausgebildet, an dessen Vollständigkeit freilich die, in Vergleichung mit andern juristischen Disciplinen etwas stiefmütterliche, Behandlung von Seiten der Theoretiker und selbst der Practiker manches zu wünschen übrig ließ. So ist denn die freiwillige Gerichtsbarkeit, wie sie von unsern Gerichten ausgeübt wird, so wenig als unser Civilprozeß, römisch oder canonisch. Von der jurisdictio voluntaria der Römer schlechthin sie ableiten zu wollen, würde vollends auf Abwege führen. Indessen darf eben wegen der Vermischung des Einheimischen und Fremden die Kenntniß des letztern nicht vernachlässigt werden, will man anders den Entwickelungsgang des Bestehenden richtig erkennen und dabei über Grund, Zusammenhang und Nothwendigkeit überall sich Rechenschaft zu geben im Stande seyn. Diese Kenntniß hier vollständig zu gewähren, kann indessen nicht der Zweck dieser Schrift seyn. Die Theorie muß aus der Rechtsgeschichte als bekannt vorausgesetzt, oder der Wißbegierige dahin und zwar, was die römische R. G. betrifft, besonders auf die bekannten Werke Hugo's t), Zimmern's u), v. Savigny's v) und rücksichtlich der

---

t) Lehrbuch der Geschichte des R. R. bis auf Justinian (vielmals aufgelegt, zuletzt Berlin 1826.)

u) Geschichte des röm. Privatrechts bis Justinian. I. Bd. Heidelberg 1826.

v) Geschichte des R. R. im Mittelalter. (Zur Zeit 5 Bde.) Heidelberg 1815 bis 1829.

deutschen, Eichhorn's w) verwiesen werden. Man wird sich daher, was das römische und canonische Recht betrifft, bloß auf einige Erinnerungen beschränken. Nur bei der Angabe des Entwickelungsganges, den unsere Gerichts- und Rechtsverfassung hinsichtlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf deutschem Boden genommen, und bei dem sichtbaren Einflusse besonders vaterländischer Verfassungen auf den heutigen Zustand dieser Disciplin glaubt der Verfasser etwas verweilen zu müssen. Auf diese Weise hofft er zugleich der Ausstellung an der frühern Bearbeitung, als ob nämlich dabei zu wenig auf die Quellen Rücksicht genommen worden sey, zu genügen, ohne sich zu weit von der Aufgabe zu entfernen, die er sich bei diesem Werke gesetzt hat, d. h. von der Gegenwart, zu deren richtiger Erkenntniß man zwar aus der Vergangenheit schöpfen soll, ohne jedoch, wie wohl schon öfters geschehen, über dieser jene selbst, über der Betrachtung wie man es erlangt hat, das was man hat, zu vergessen. Uebrigens konnte jener Tadel doch eigentlich nur von einer Art der Quellen gelten; denn daß aus der andern, der gerade hier sehr ergiebigen Quelle — dem Leben — fleißig geschöpft worden, hat man nicht verkannt x).

---

w) Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 4 Bände. Göttingen 1821 bis 1823.

x) Es sey mir vergönnt, zu meiner Rechtfertigung gegen den Vorwurf der vernachlässigten Quellen, der besonders in der angeführten Oesterley'schen Schrift, wenn gleich übrigens mit billiger Rücksicht auf das sonst Geleistete, ausgesprochen ist, hier den Recensenten der genannten Schrift in den Schunck'schen Jahrbüchern XIV. Band S. 279. für mich sprechen zu lassen. "Bei dieser Disciplin der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sagt dieser, ist der gleichmäßige Gebrauch zweier Arten von Quellen mehr

§. 13.

Römisches Recht.

Die Jurisdictio voluntaria (ein Ausdruck, der übrigens nur einmal in den römischen Rechtsquellen, nämlich in l. 2. D. de off. Procons. — I., 16. — vorkommt und von dem es zweifelhaft ist, ob er überhaupt ein Kunstausdruck seyn sollte) war den Römern, wenigstens der Sache nach, von der ältesten Zeit an bekannt. Sie bezog sich indessen nur auf gewisse, unter der Form von Legis Actiones verhandelte und eben deswegen das Mitwirken einer Gerichtsobrigkeit (magistratus jus di-

---

als bei jeder andern unumgänglich: 1) nämlich allerdings auch der historischen Quellen, die man wohl ausschließlich Quellen zu nennen pflegt, welche aber hier nicht die überwiegende Bedeutung, wie im Civilrecht und selbst im streitigen Prozesse haben, und 2) das Leben und seine Anschauung, die Natur der Verhältnisse, an welche der Jurist in keinem andern Fache so dringend und in vielen Punkten ausschließlich gewiesen ist, als in diesem. Rec. findet sich zu dieser Erinnerung um so mehr veranlaßt, als es schon vorgekommen ist, daß man an practischen Schriftstellern von reicher Erfahrung und ausgezeichneter Intelligenz in diesem Fache eine s. g. quellenmäßige Behandlung, d. h. hauptsächlich jene historischen Anhängsel desiderirt hat, welche die gelehrte Zierde eines Buches ausmachen sollen. Es wäre sehr zu bedauern, wenn diese Schriftsteller sich durch solche Ausstellungen irre machen, und bewegen ließen, ihre Mittheilungen aus der hier vorzüglich wichtigen Quelle, die ihnen ebenso geöffnet, wie sie den von Profession gelehrten Bearbeitern in der Regel mehr oder weniger verschlossen ist, durch dilettantische Versuche aus andern Gebieten zu schmälern. — Ein anderes ist es, gelehrte Kenntnisse haben und anwenden; ein anderes, sie zum unmittelbaren Gegenstande der Untersuchung und Mittheilung machen."

centis) voraussetzende Geschäfte, keineswegs auf alle diejenigen, die wir jetzt zur freiwilligen Gerichtsbarkeit rechnen, wenn schon auch nach neuerem R. R. viele nichtstreitige Angelegenheiten vor die Gerichte kamen, bei deren Attribution nicht eigentlich das jus dicere, also die Jurisdiction, als Grund der Zuständigkeit galt. Die nichtstreitige Gerichtsbarkeit, oder besser die Befugniß einer Gerichtsobrigkeit, auch ausser Streitfällen thätig zu werden, umfaßte dreierlei Arten von Geschäften y):

1) feierliche Handlungen des alten Rechts, Legis Actiones genannt, in ihrer Beziehung auf Rechtsgeschäfte. So wie jedem Rechtsstreit die Initiative mittelst einer Klage gegeben wird, so war dieß denn natürlich auch nach dem ältern R. R. also. Hier waren aber die Klagen strenge an bestimmte Formen gebunden und hießen Legis Actiones, entweder von ihrer Entstehung aus einer Lex zu einer Zeit, wo die prätorischen Edicte mit den daraus entstandenen Klagen noch nicht im Gebrauche waren, oder von ihrer Form, indem sie genau dem buchstäblichen Ausdrucke der Lex angepaßt seyn mußten z). Aber auch gewisse Rechtsgeschäfte: die in jure cessio, die adoptio, die manumissio servi und die emancipatio wurden zum Zwecke der Oeffentlichkeit und höhern Legalität mittelst einer solchen Legisactio an die mit Jurisdiction versehene Obrigkeit gebracht. Hier wurde das Geschäft zum Schein prozessualisch verhandelt a), indem der Erwerber der Sache selbige mittelst einer fingirten Klage von dem Veräusserer vindicirte, worauf dieser von der Gerichtsobrig-

---

y) v. Savigny a. a. O. I. S. 81.

z) Gaji instit. L. IV. §. 11.

a) Gaj. II. §. 24.

keit hierüber vernommen, und da er gegen das Begehren nichts einzuwenden hatte, die Sache dem Erwerber zuerkannt wurde. Da also diese Geschäfte ähnlich einer Streitsache vor Gericht behandelt wurden, so mußte natürlich der Richter, der allein die Befugniß Recht zu sprechen hatte, auch dabei angegangen werden, mit dem Unterschiede, daß er in streitigen Sachen auch wider den Willen, wenigstens des einen Theils, in nichtstreitigen aber nach dem Willen beider Theile seinen Ausspruch that. So konnte also zwischen einer jurisd. contentiosa und voluntaria ein Gegensatz entstehen. Letztere begriff übrigens nach dem ältern, oder vielmehr überhaupt nach dem römischen Recht nur die Legis actiones, weil es nur bei diesen auf Jurisdictio ankam, und man kann also genau genommen die §. sq. unter 2. und 3. bemerkten nichtstreitigen Geschäfte, welche die Obrigkeit nicht kraft der Jurisdiction besorgte, nicht unter die römische jurisd. vol. subsumiren, noch weniger aber unsern heutigen Begriff von freiwilliger Gerichtsbarkeit an den römischen anknüpfen b).

§. 14.

Fortsetzung.

Ausser diesen feierlichen Geschäften nach älterer sollenner Form gehören hieher, wenn auch nicht der römischen, doch der heutigen Theorie von der jurisd. vol. gemäß,

2) Handlungen von neuerer Form. Es wurde nämlich später gebräuchlich, auch noch andere Geschäfte vor die Gerichtsobrigkeit zu bringen, theils zum Zwecke der Erwirkung eines höhern Grades von innerer Legalität und Zuverlässigkeit, theils der mehrern

---

b) Vergl. die vorhin S. 38. Note x angeführte Recension.

Beweiskraft wegen. Ein so errichtetes Geschäft war weniger Anfechtungen ausgesetzt, auch die Gefahr des Verlustes des darüber ausgefertigten Instruments weniger zu besorgen, als wenn dasselbe bloß in Privatverwahrung blieb. Die Gerichtsobrigkeit war befugt, über die an sie gebrachten Geschäfte Protokolle aufzunehmen, und man nannte diese Befugniß das jus acta sive gesta conficiendi. Hiebei waren sowohl rücksichtlich der zu adhibirenden obrigkeitlichen Personen, als der zu beobachtenden Formen eigene Bestimmungen vorgeschrieben c), wovon uns gesammelte Formularien noch anschauende Kenntniß geben d). Diese Verhandlungen waren in Gesprächsform abgefaßt und es ist uns hievon selbst in den Pandekten ein Muster zur Anschauung aufbewahrt geblieben e).

In der Regel hing es von der Willkühr der Betheiligten ab, ob sie von den Vortheilen dieser gerichtlichen Mitwirkung nach neuerer Form Gebrauch machen wollten, oder nicht. Nur bei einigen Rechtsgeschäften war die Sollennisirung vor der Obrigkeit nothwendig f), nämlich a) bei großen Schenkungen, wobei die Feierlichkeit der gerichtlichen Protokollirung die Stelle der nach älterem Recht erforderlichen Feierlichkeit der Mancipation und Tradition vertrat. b) Wenn ein Testament verfertigt und nicht die Form von sollennen Privattestamenten mit 7 Zeugen beobachtet werden wollte, so mußte es vor der Gerichtsobrigkeit errichtet werden: der Testator erklärte seinen letzten Willen zum ge-

---

c) Nov. 47. 73.

d) Conradi parerga L. IV. n. I. pag. 437. v. Savigny a. a. O. S. 81. ff.

e) L. 3. D. de his, quae in testam. del.

f) v. Savigny a. a. O.

richtlichen Protokoll. Dieß hieß *publicare* testamentum, welches wir recht passend in das deutsche (wenigstens in der Sprache der preuß. Gesetzgebung übliche) Wort: vor Gericht verlautbaren, übersetzen können. Für das, was wir "ein Testament publiciren" heißen, war der Kunstausdruck *recitare* g). c) Auch die Testaments-Eröffnung machte eine gerichtliche Verhandlung nothwendig. Es mußten nämlich h) die feierlichen Privat-Testamente längstens 5 Tage nach des Testators Tod vor Gericht gebracht, daselbst geöffnet, öffentlich verlesen (recitare) und wieder versiegelt, dann gerichtlich aufbewahrt werden.

Auch andere gesetzliche Bestimmungen hatten eine Vermehrung der Fälle der gerichtlichen Concurrenz zur Folge. Hieher gehört, was über die Vergleiche in Betreff der in einem Testament ausgesetzten Alimente i), ferner über die Verkäufe städtischer Vermögensstücke k) und über die gerichtliche Hinterlegung von Geldern, deren Annahme der Gläubiger verweigert l) vorgeschrieben ist.

3) Nächst den eigentlichen Rechtsgeschäften gehört jetzt auch die Besorgung des Vormundschaftswesens zu den Gegenständen des nichtstreitigen Verfahrens. Bei den Römern war nur von der Anordnung einer Vormundschaft (tutoris datio) als gerichtlicher Handlung die Rede, nicht wie bei uns von der

---

g) Vergl. L. 18. 19. C. de test. (6, 23.) L. 6. D. test. quemadmodum aper.

h) Tit. D. et C. quemadmodum test. aper.

i) L. 8. pr. D. de transact.

k) L. 3. C. de vend. rebus civ. (11, 31.)

l) L. 56. §. 1. D. mandati. L. 28. de adm. et peric. tut. L. 73. de procurat.

Leitung derselben in der Eigenschaft einer Obervormundschaft. Indessen Bestimmungen wie die: von der nothwendigen richterlichen Bestätigung der Veräusserung eines Pupillen-Guts praevia causae cognitione m) ferner über die Verpflichtung der Vormünder, Gelder ihrer Pflegbefohlnen unter gewissen Umständen bei Gericht zu hinterlegen, und zur Empfangnahme solcher Gelder sich vom Richter autorisiren zu lassen n), über die Remotion eines verdächtigen Vormundes auch von Amtswegen o), — brachten die Sache schon der heutigen Gestalt des Vormundschaftswesens näher.

Zur Besorgung dieser Geschäfte hatten die dazu berufenen Behörden ihre eigenen Canzleien. Die merkwürdigste der Canzleipersonen war der Secretär oder Gerichtsschreiber, Exceptor genannt. Tabelliones waren das, was wir h. z. T. Notarien nennen. Sonst verband man mit dem Ausdruck Notarius einen andern Begriff p).

§. 15.

Canonisches Recht.

Das canonische Recht ist uns als Quelle in seinen Bestimmungen über manche Rechtsgeschäfte, namentlich in der Lehre von letztwilligen Verordnungen, dann über öffentliche Urkunden, das Wesen der richterlichen Autorität, der gerichtlichen Bestätigung und der fides judicialis etc., aber auch schon darum interessant, weil es uns das Gebäude der auch für unsere Disciplin nicht unfrucht-

---

m) L. 1. D. de rebus eorum, qui sub tut. L. 22. C. de adm. tut. (5, 37.)

n) L. 24. 25. C. eod. tit.

o) L. 3. §. 4. D. de susp. tut.

p) v. Savigny I. S. 48.

baren geistlichen Gerichtsbarkeit in seinen Fundamenten und in seiner Ausführung vor die Augen stellt. Sowie diese Gerichtsbarkeit bekanntlich auch auf die weltlichen Angelegenheiten der Kirchenmitglieder sich ausdehnte, so bezog sie sich natürlich auch auf deren Rechtsgeschäfte, und hier öffnete sie denn bei geschickter Benützung der frommen Freigebigkeit ein nicht unergiebiges Feld für die Zwecke der Kirche. Ohnehin ließ der beinahe ausschließliche Besitz der Schriftkunde, worin sich die Geistlichkeit im Mittelalter befand, den Geschäfts-Interessenten keine Wahl übrig, wenn es auf die Verfertigung von Urkunden ankam, ob sie sich an die Geistlichkeit oder an die weltlichen Gerichte wenden sollten, hätte auch überhaupt bei dem frommen Vertrauen noch ein Zweifel aufkommen können. Was andächtige Hingebung in einzelnen Fällen wirkte und öftere Wiederhohlung allmählich zur Gewohnheit machte, das erlangte durch die Autorität der Canones und päpstlichen Decrete gesetzliche Sanction.

Wichtiger als das römische und canonische Recht ist für uns, um den heutigen Zustand unserer Disciplin und den Gang seiner Entwickelung kennen zu lernen, die deutsche Rechts- und Gerichtsverfassung in ihrem Ursprunge und in ihrer weitern Ausbildung. Hiemit soll das Uebrige dieser episodischen Betrachtung sich beschäftigen.

§. 16.

Deutsches Recht.

So wie Feierlichkeiten und symbolische Handlungen bei den auf den ersten Graden der Cultur stehenden und der Schreibfertigkeit entbehrenden Völkern überhaupt die Stelle der Schrift zu vertreten pflegen, so wurden auch bei unsern deutschen Vorfahren alle wichtige Rechtsgeschäfte, besonders über liegendes Eigenthum, auf feier-

liche Weise contrahirt. Die Feierlichkeiten bestunden im Allgemeinen theils in der Anwendung von Symbolen, dergleichen der noch jetzt im gewöhnlichen Verkehre, besonders der untern Volksclassen übliche Handschlag ist, theils in dem Gebrauche "gelehrter" (gemessener) Worte, wobei es wesentlich war, daß die feierliche Antwort der feierlichen Frage entsprechen mußte, theils in der Zuziehung von Zeugen q). Ernst und Gewißheit der Willenserklärung und deren Beweis waren der Zweck dieser Feierlichkeiten. Hiernächst war es eine wichtige Folge der rechtsgenossenschaftlichen Verbindung unter dem germanischen Volke der Freien, daß besonders Verträge über die Veräusserung, Belastung und Verschuldung des Grundeigenthums mit Oeffentlichkeit zum Abschluß gebracht werden mußten. Sie erfolgten daher in der Versammlung des Volks, denn dieß war die Bedingung, wodurch das Grundprinzip der Erhaltung der Genossenschaft r) gewahrt wurde. Es konnte nämlich der Gesammtheit nicht gleichgültig seyn, wie über die Rechte einzelner Genossenschafts-Mitglieder bei entstehendem Streit entschieden wurde, und eben so wenig, wie diese selbst ihre Angelegenheiten, besonders in Beziehung auf unbewegliche Habe, durch Uebereinkunft ordnen wollten, da das Grundeigenthum gleichsam als der öffentliche Fond der ganzen Gesellschaft zur Bestreitung gemeiner Lasten, namentlich der Landesvertheidigung galt, wovon jeder Genosse seinen Antheil zu treuen Händen erhalten hatte, mit dem er folglich ohne Gefahr für die davon zu leistenden Pflichten nicht willkührlich schalten und walten konnte s). Daher war die

---

q) Grimm's deutsche Rechtsalterthümer Seite 491. 603. 605.
r) Ebendas. Seite 495.
s) Möser's patriot. Phantas. IV. n. 56.

Gültigkeit der Veräusserungs-Verträge, sie mochten nun die Uebertragung des Eigenthums eines Immobile selbst oder dessen Verpfändung betreffen, bedingt durch die Zustimmung der Volksgemeinde bei voller Versammlung, oder was gleichbedeutend ist, durch die Verlautbarung vor dem Volksgericht (im echten Ding). Der Veräussernde mußte vor diesem, unter dem Vorsitz und der Leitung des Grafen oder dessen Stellvertreters, als obrigkeitlicher Person, gehaltenen Gericht die Erklärung abgeben, sein Eigenthum dem Andern übertragen (dasselbe auflassen — resignare —) zu wollen, und der Erwerber dasselbe mittelst symbolischer Uebergabe empfangen und diese Eigenthumsauflassung fand sowohl bei dem Kauf und Tausch als bei der Verpfändung t) Statt, da man nach älterem deutschen Rechte keine Hypotheken, also auch keine Pfandbestellung ohne Uebergabe kannte. Nur so wurde die Rechtserwerbung unter den Schutz des Volksrechts und Gerichts gestellt, und dieß ist der Ursprung der Concurrenz der Gerichte zu den Rechtsgeschäften auf heimischem Boden, besonders was den Verkehr mit Immobilien betrifft.

Da auch die Einwilligung der Erben und der Nachbarn oder Markgenossen, welche ein Näherrecht vor dem Erwerber auser der Familie oder auser der Markung (Marklosung) geltend machen konnten u), nothwendig war, so konnte schon darum eine bloß ausergerichtliche Behandlung solcher Veräusserungen nicht gestattet werden. Denn die Betheiligten konnten ihr Interesse nur bei dieser Oeffentlichkeit der Geschäftspflege gehörig wahren, von welcher sich bis in die spätere Zeit in der, im Eingange der Urkunden gebräuchlichen For-

---

t) Eichhorn deut. Priv. Recht §. 186.

u) Grimm a. a. O. S. 607.

mel: "kund und zu wissen sey hiermit" ꝛc. ein schwacher Nachklang erhalten hat. Es würde nicht schwer halten, aus Beispielen zu zeigen, daß sich von dieser Vorstellung einer genossenschaftlichen Verbindung mit ihren Folgen Spuren noch in unsern Dorfgemeinden erhalten haben, oder doch eine Hinneigung zu dieser Vorstellung, so oft es auf Verfügungen eines Gemeindeglieds über sein Besitzthum ankommt, wodurch die Mittel der gemeinen Mitleidenheit gefährdet werden könnten. Wo daher die Gesetze eine deßfallsige Beschränkung nicht sanctioniren, vielmehr namentlich bei vertheilten Gemeindegründen, wie in Bayern, den Theilnehmern das freie Eigenthum und die unbeschränkte Veräusserungsbefugniß ihrer Antheile zugestehen, da hat man viele Mühe, die Corporation mit der Nothwendigkeit dieser Sanction auszusöhnen, zu geschweigen, daß sie selbige für heilsam erachtete. Indem ich dieses schreibe beschäftigt mich eine solche Theilung von Gemeindegründen, die hauptsächlich darum widersprochen wird, weil die Provocaten besorgen, die Provocanten möchten ihre Antheile verschulden und versplittern, und es möchte dann im Falle gemeiner Noth kein Fond für Communalbedürfnisse mehr vorhanden seyn. Und diese Besorgniß ist eben keineswegs ganz grundlos.

§. 17.

Fortsetzung. Die gerichtliche Concurrenz als Beweismittel.

Als weiteres Motiv dieser Rechtsgeschäfts-Behandlung vor den Volksversammlungen galt der Umstand, daß die Gegenwart der Dinggenossen in Ermangelung der Schrift auch zum Beweise diente. Das so vollzogene Geschäft hatte den Vortheil, daß der die Erfüllung Verweigernde sich nun nicht mehr durch seinen bloßen Eid von der Klage freimachen konnte, was ihm, wenn

wenn er auf eine bloß außergerichtlich contrahirte Obligation belangt wurde, immer noch vorbehalten war, gesetzt auch, daß noch so viele Privatzeugen seiner Behauptung entgegen waren v). Dieß mußte denn natürlich vieles zu dem Ansehen der gerichtlich abgeschlossenen Geschäfte beitragen, und so wenigstens bei den wichtigern die Mitwirkung der Gerichte immer üblicher werden, bis die mehr Gemeingut gewordene Schreibkunst jenes Bedürfniß verminderte, indeß gleichwohl aus andern Gründen, wie sogleich gezeigt werden wird, das Gewohnte wenigstens bei den wichtigern Gegenständen und insbesondere bei dem Verkehr mit liegender Habe als nothwendige Einrichtung sich forterhielt.

Auf diese Weise gab es nun jetzt schon zweierlei Veranlassungen zur gerichtlichen Mitwirkung: 1) die Nothwendigkeit, gewisse Geschäfte vor Gericht zu vollziehen, 2) die mehrere Sicherheit und Bequemlichkeit, die mit einem vor Gericht zu Stande gebrachten Geschäft gegenüber einem bloß außergerichtlich behandelten verbunden war.

Auch andere nichtstreitige Angelegenheiten und Institutionen wurden schon frühzeitig den Gerichten attribuirt. Hieher gehört vornämlich die obervormundschaftliche Gewalt, die schon im achten Jahrhundert für die Gerichte begründet war w). — So finden wir denn die in unsern Tagen so verrufene Verbindung der Rechtsverwaltung in streitigen und nichtstreitigen Sachen schon bei den deutschen Gerichten der Vorzeit, was jedoch hier nur als historisches nicht als rechtspolitisches Moment angeführt werden soll. Uebrigens wird nur noch bemerkt, daß der Ausdruck Ding eine Ver-

v) Vergl. Hasse in v. Savigny's ꝛc. Zeitschrift I. Bd. n. 2.

w) Eichhorn R. G. I. §. 197.

sammlung zu Rath und Gericht also ein Gericht bedeutet, aber auch auf alles, was gehandelt (gedingt) und ausgemacht worden, sich bezog, daher sowohl von der Schlichtung der Rechtshändel, als von der Behandlung friedlicher Angelegenheiten verstanden wurde.

§. 18.

Wie und warum sich diese Verfassung auch unter veränderten Umständen fort erhalten. — Zunehmender Gebrauch der Schrift.

Die bemerkten Ansichten bezüglich auf die Mitwirkung der Gerichte erhielten sich auch selbst nachdem die ursprüngliche Verfassung der Volksgerichte durch andere justizhierarchische Einrichtungen verdrängt worden war. Denn wer sonst als die Gerichte, deren Schöffen gleichsam die Repräsentanten der Volksgemeinden waren, hätte bei dem einfachen Organismus der Staatsverfassung das, was das gemeine Wohl forderte, besorgen sollen? Selbst späterhin das Aufkommen des römischen Rechts war der Beibehaltung des Altgewohnten nicht entgegen. Die Vereinigung der jurisd. vol. mit der contentiosa war jenem ohnehin etwas Bekanntes; auch hatte es über äussere Formen, namentlich der Veräusserungs-Verträge, nichts bestimmt, wodurch eine Collision mit den deutschrechtlichen Formen hätte entstehen können. Konnte das Geschäft nur bewiesen werden, so bedurfte man bei dem Kauf, bei der Hypothek ꝛc. nach R. R. weiter keiner Formalitäten x).

Aber es wirkten noch mehrere Ursachen in der Zeitfolge zusammen, um die alterthümliche Verfassung sowohl hinsichtlich der Cumulirung der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit im Richteramte überhaupt, als bezüglich auf den Umfang der letztern und deren Gren-

x) L. 4. D. de fide instr.

zen gegenüber der Freiheit der Privaten zu erhalten. Was insonderheit das Verfahren bei der Veräusserung des unbeweglichen Eigenthums nach deutscher Art mittelst feierlicher Auflassung (resignatio) und Uebernahme vor Gericht betrifft, so fand dasselbe in dem Umstande, daß es in den Statuten der Städte aufgenommen war, noch mehr aber darin einen mächtigen Stützpunkt für seine Beibehaltung, daß die landes-, gemeinde- und grundherrlichen Abgaben es nothwendig machten, den Immobiliar-Besitzstand unter öffentlicher Controle zu halten. Die spätern Partikulargesetzgebungen folgten im Anerkenntniß der Nothwendigkeit solcher Aufsichtsmaßregeln meist dem, was statutarrechtlich bestimmt war.

Nothwendig wurde nun auch, nachdem sich mit dem Aufhören der Behandlung solcher Angelegenheiten in den Gemeindeversammlungen die Zahl der mündlichen Kundschaftsgeber vermindert hatte, das Mittel der Schrift. So kam die Gewohnheit auf, alle diese Geschäfte ("Händel") in Gerichtsbücher einzuschreiben, vielmehr aufzuzeichnen y), und es haben sich diese Bücher noch bis in die neuere Zeit und zum Theil bis zu Ende des vorigen Jahrhunderts unter den Namen: Kauf- und Handelsbücher, Consens- und Schuldenbücher ꝛc. erhalten, bis die zunehmende Schreibfertigkeit selbige, gleich den Kerbhölzern im alltäglichen Handelsverkehr, für unzweckmäßig erkennen ließ. Daß diese Bücher allmählich ausser Gebrauch gekommen, war an sich schon eine nothwendige Folge des Aufkommens eines strengern Controlsystems über die äussern Gerichts- und Amtsstellen. Denn nun mußte man Special-Akten und Protokolle haben, die man, ohne Unterbrechung des Ge-

y) Eichhorn III. §. 450.

schäftsganges im Uebrigen, der höhern Behörde vorlegen konnte, was bei jenen Generalregistern und Büchern nicht thunlich war. Es wirkten aber auch dazu die eigenthümlichen Vorstellungen der neuern Zeit von den Modalitäten, unter welchen sich die oberaufsehende und staatsfürsorgende Gewalt vermeintlich zweckmäßig geltend zu machen habe. Diese Vorstellungen erzeugten nämlich die Maxime, alles mündlich Verhandelte, ja selbst das dabei gegenseitig tractirend Gesprochene, so viel möglich zu Papier bringen zu lassen. Man begnügte sich nicht mehr damit, was geworden in Schwarz auf Weiß zu haben, sondern wollte auch zur allzeit bereiten Einsicht aufbewahrt haben, wie es geworden, besonders soweit es bei dieser Schreiberei darauf abgesehen war, das Benehmen des Beamten rücksichtlich der Legalität oder wie sich derselbe überhaupt in der Sache benommen z), zu controliren. Daß das Papier geduldig ist und die mithandelnden Parteien nachsichtig zu seyn pflegen, oder überhaupt nicht sehen, — nur das übersah man hiebei. Diese Maxime vertrug sich denn natürlich nicht mit jenen Büchern, in welche nur das Wesentlichste und Wichtigste der gepflogenen Händel kurz und summarisch notirt wurde. Bei unserer Verfahrungsweise würde ein solches Gerichtshändelbuch, womit man sonst wenigstens ein Geschlechtsalter ausreichte, in einem Jahre vollgeschrieben seyn, vielleicht nicht einmal so weit reichen. — Das ist die heutige Ge-

---

z) So ist in manchen Prozeßordnungen vorgeschrieben, daß sich der Instruent bei einem Vergleichsversuche nicht begnügen dürfe, bloß zu Protokoll niederzuschreiben: die gütliche Beilegung sey aller pflichtmäßigen Verwendung ungeachtet vergeblich gewesen, sondern daß er ausdrücklich dabei angeben müsse, wie er sich pflichtmäßig verwendet, also welche Erinnerungen, Vorschläge ꝛc. er gemacht habe.

stalt der Dinge; ein Schreiberdienst ist beinahe unsere ganze öffentliche Verwaltung, und namentlich auch in dem Fache der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit muß der Gerichtsbeamte mehr schreibend als handelnd, mehr mechanisch als geistig thätig seyn. Mit Schreiben und Dictiren bringt er den größten Theil seiner Zeit zu, und verkümmert sie sich für die sorgfältigere Vernehmung der Parteien und für die reifere Erwägung dessen, was er zu Papier bringt. Hievon zeugen diese Akten-Schichten, womit die rußigen Wände unserer Gerichtsstuben tapezirt sind. Unsere Aktenrepertorien fordern ja allein schon mehr Papier als die ganze Schreiberei unserer Vorfahren, und zwar nicht etwa aus den Zeiten des Mittelalters, sondern nur bis in das zweite und dritte Glied rückwärts gerechnet. Darf man sich nun wundern, wenn der Widerwille gegen diesen, den Schreibenden und denen, für welche geschrieben wird, gleich unerträglichen Schreibunfug in unsern Tagen auch in dem allgemeinen, wenn gleich den Meisten unklaren, Verlangen nach Mündlichkeit des Verfahrens sich zu erkennen gibt? a). Das Schlimmste ist, daß, sowie der Mechanismus unsers ganzen öffentlichen Dienstes einmal sich gestaltet hat, bei dem ineinander greifenden Getriebe durch Wegschaffung einzelner Theile sich eben so wenig etwas sicher und zweckmäßig verbessern läßt, als an einer zu complicirt erscheinenden Maschine durch das Herausnehmen einzelner Räder, oder an einem weitschweifigen Buche durch Herausschneidung von Blättern.

Ich kehre nach dieser kleinen Ausschweifung, die

---

a) Mehreres über unsern Geschäftsgang, besonders in Beziehung auf Vielschreiberei, — unmittelbar aus dem Leben geschöpft, — enthält der Aufsatz im Archiv für civ. Pr. Bd. XI. S. 229.

zur Darstellung des ganzen Bildes des ehemaligen und heutigen Verwaltungs-Organismus auch in unserm Fache nicht undienlich schien, wieder zu dem eigentlichen Gegenstande meiner Betrachtung, dem frühern Zustand und Entwickelungsgang der freiwilligen Gerichtsbarkeit zurück.

§. 19.

Fortsetzung. Einfluß des Feudalwesens.

Bei dem Verkehr mit Immobilien waren vornämlich die Lehens- und Gutsherren als Rechtsgenossen betheiligt. Sie mußten daher besonders bei der Beurkundung der deßfallsigen Verträge, also sowohl bei der, in Folge der Besitzveränderungen nach einem noch jetzt gebräuchlichen Ausdruck eintretenden Ab- und Zuschreibung in den Büchern, als bei der Ausfertigung der Urkunden (Kauf- und Lehenbriefe) concurriren. So konnte es in einer Zeit, wo man zwischen verschiedenen Gewalten nicht so scharfe Abgrenzungen kannte, leicht dahin kommen, daß bei der Vorstellung von der "obrigkeitlichen" Concurrenz die Begriffe von der richterlichen und gutsherrlichen Gewalt in einander floßen, wie sie denn auch unter dem vagen Ausdruck: Obrigkeit zusammengefaßt und als ein Identisches gedacht wurden. Daher nahm man auch Kaufbriefe und Hypothekenurkunden, resp. mit Lehenbriefen und Consensen zur Hypothekverschreibung gemeinhin für einerlei, obgleich nur erstere eigentlich zum Ressort der Gerichte sich eigneten. Diese Begriffsvermengung zeigt sich namentlich auch bei der gerichtlichen Confirmation, welche späterhin die Förmlichkeit der Eigenthumsauflassung vor Gericht vertrat, und deren Wesen, eben so wie das der lehens- und gutsherrlichen Consensertheilung zu Immobilien-Veräusserungen und Verpfändungen, mehr oder weniger verkannt, oder doch nicht richtig unterschie-

den wurde. Daher kömmt es auch wohl, daß Landesrechte die Bestätigung und Einwilligung der Gerichte zur Bedingung der Gültigkeit aller und jeder Contracte über liegende Güter machten, wie das würtembergische, das pfälzische, das bayerische Landrecht und die sächsischen Constitutionen b). Denn eigentlich paßt der Begriff von Einwilligung, — wenn er etwas mehr bedeuten soll, als die, in der gerichtlichen Concurrenz überhaupt liegende Thätigkeitsäusserung, wie selbige oben §. 11. n. 14. aus dem Wesen der Sache entwickelt worden, — zunächst ja doch nur auf ein rechtsgenossenschaftliches Verhältniß. Nur in diesem läßt sich, wenn von der Einwilligung zu einem Geschäft die Rede ist, die Nothwendigkeit erkennen, daß der Mitinteressent selbige ertheile, der Lehensherr also wegen seines Rechts am Eigenthum des Lehensobjects, nicht in der zufällig bei ihm miteintreffenden richterlichen Eigenschaft. Nichts konnte übrigens geeigneter seyn, als eben das Lehenswesen und die guts- und leibherrliche Gewalt, um Obereigenthumsrechte auch in der Form einer richterlichen Botmäßigkeit über alles, was von den Handlungen der Untergebenen diese Rechte berührte oder zu berühren schien, geltend zu machen. Bei diesem Amalgama von richterlichen und von lehens- und obereigenthumsherrlichen Gewaltbefugnissen, überhaupt unter den der Gerichtsbarkeit beigemischten feudalistischen Stoffen, dürfen die bemerkten Erscheinungen und Erfolge nicht befremden, die zum Theil noch bis auf diesen Tag, oft auf eine sehr grelle Weise, in den Anmassungen mancher unserer Gutsabgaben-Berechtigten oder s. g. Gutsherren über den eigentlichen Herrn des Guts, den Bauer, sich bemerkbar machen. Daher wird hie und da noch immer

b) Eichhorn IV. §. 564.

die Nothwendigkeit einer Consens-Einhohlung zur Veräusserung oder Verpfändung selbst bei solchen Gütern behauptet, die bloß zu Abgaben (Zinsen, Gülten, Handlohn) verpflichtet sind, und wo überall, bei dem bloß abgabenpflichtigen, sonst aber im vollen Eigenthume des Bauers befindlichen Gute nichts zu consentiren ist. So schwer vergißt sich die alte Herrlichkeit und noch schwerer das damit vermeintlich begründete Emolument!

§. 20.

Andere mitwirkende Umstände.

Deutschrechtlichen Begriffen angemessen war die Vorstellung von der Nothwendigkeit eines Siegels bei der Ausstellung einer Urkunde c). Auch dieser Umstand verdient hier Erwähnung, denn er hatte die Folge, daß Personen, die ein Siegel oder Wappen zu führen nicht berechtigt waren, (die Unsiegelmäßigen nach der bayerischen Geschäftssprache) ihre Verschreibungen nur gerichtlich fertigen lassen konnten d).

Nicht weniger war die Meinung von der Nothwendigkeit einer vormundschaftlichen Fürsorge über den s. g. gemeinen Mann, die sich bis in die neuere Zeit erhalten hat, und welche bei der tiefen Stufe der geistigen Cultur, auf welcher sich vor noch nicht langer Zeit das Volk in den niedern Ständen fast allgemein befand,

---

c) Bei der Seltenheit der Schreibkunde, sogar was die bloße Namensunterschrift betraf, gab es natürlich keine andere Gewährleistung für die Aechtheit einer Urkunde als eben das Siegel, also wo dieses fehlte, die gerichtliche Fertigung.

d) Eichhorn a. a. O. Note b.

Mittermaier Prozeßvergleichung II. Beilage S. 41.

auch gerechtfertigt erschien, — von wichtigem Einfluß auf die Erweiterung der gerichtlichen Mitwirkung bei dem friedlichen Verkehre der Staatsbürger. Vorstellungen, wie folgende: "daß eine Bürgschaft gemeiner "schlechter Bürger und Bauern anderer Gestalt nicht "gelte, als wenn sie von des Bürgen ordentlicher Ob- "rigkeit nach vorgängiger Einsicht aller Umstände und "nöthiger Erinnerung verbrieft worden, — was sich "jedoch nicht von vornehmen Bürgern verstehe, worun- "ter zuvörderst die Rathsglieder, dann in Städten die "Handelsleute, Weinschenken, Procuratoren und alle "jene begriffen, von welchen zu muthmaßen sey, daß "sie sich so leicht nicht hintergehen ließen" — solche Vorstellungen waren doch wohl dem Verfasser des Gesetzbuches, aus dem sie hier entlehnt sind e), nicht allein eigen!

So konnte es denn nicht fehlen, daß man sich bei Verträgen von einiger Wichtigkeit theils gezwungen an die Gerichtsobrigkeit wandte, theils sich freiwillig dazu entschloß, sey es nun, um bei entstehendem Streit eine Art von Garantie oder wenigstens deren guten Willen sich zu versichern. An bereiter Hülfe fehlte es nicht, weil man von diesen Obrigkeiten auf eigne Weise sagen konnte, daß sie das Schwert nicht umsonst trügen.

Was insonderheit die Veräusserung sowie die Verschuldung von Immobilien betraf, so gab bei den meisten das Interesse der zu Communal- und Dominikal-Abgaben (Zinsen, Gülten, Laudemien) berechtigten Städte und Dominien hinlängliche Veranlassung, von Veränderungen im Besitz eines solchen unbeweglichen Gutes und von Verhältnissen Kenntniß zu nehmen, die mehr

e) Bayer. Landrecht Thl. IV. Kap. 10. §. 4.

oder weniger das Fortkommen des Gutsunterthans und die Fähigkeit zur Entrichtung seiner Schuldigkeiten bedingten. Nebenbei war auch diese Aufsicht und Fürsorge, bei der man wie gedacht zwischen den Befugnissen als Eigenthums-Mitinteressent oder s. g. Obereigenthümer (Gutsherr, Eigenherr) und als Patrimonialgerichts-Inhaber nicht immer ängstlich genau zu distinguiren pflegte, durch Consens- und Brieftaxen gut belohnt. Daß dieß alles so war, das Gesagte also geschichtlich begründet ist, darüber wird man keines urkundlichen Beweises bedürfen, da es in der That hie und da noch so ist, und wir nur die Augen aufthun dürfen, um zu sehen, was um uns her vorgeht.

Nicht ohne Einfluß auf manche Erscheinungen war wohl auch die geringe Würdigung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, besonders gegenüber den eminentern Jurisdictions-Arten. Unter den letztern versteht man hier vornämlich die peinliche Gerichtsbarkeit oder den Blutbann, schon wegen der größern Auszeichnung, die dem Besitzer damit gewährt wurde, besonders aber wegen der daraus abgeleiteten Folgerungen für die Behauptung einer landeshoheitlichen Gewalt f). Diese höhere Gerichtsbarkeit war es daher, welche vorzugsweise Gegenstand eifersüchtiger Bewachung war, während die s. g. Niedergerichtsbarkeit bloß eine nachgeordnete Stelle in der Berücksichtigung einnahm, was denn vornämlich von der freiwilligen Gerichtsbarkeit galt. Wer den an der Grenze gefundenen todten Bettler aufzuheben berechtigt sey, darüber konnte es leicht zu weitaussehenden Streitigkeiten, ja bei Behauptung des Besitzes zu Blutvergießen kommen, indeß die Frage: wer bei dem

f) Meine Schrift: der Dienst der deutschen Justizämter. I. Th. S. 71.

Sterbfall eines Bauers dessen Verlassenschaft zu reguliren befugt, ["wer die Inventur und Theilung habe] und die Vormundschaft über die vorhandenen minderjährigen Kinder anzuordnen berechtigt sey, in der Eigenschaft des Gutes, worauf der Verstorbene saß, ohnehin als ausgemacht sich darstellte. Selbst wo dieß der Fall nicht war, auch nicht wie bei dergleichen häufiger sich ergebenden Vorfällen ein anerkannter Besitzstand oder Verträge (Jurisdictions-Recesse) jeden Zweifel beseitigten, veranlaßte die Sache hauptsächlich nur der Gebühren wegen zwischen den betheiligten Beamten einige Hin- und Herschreiberei. Denn hier kam es hauptsächlich auf das Sportel-Utile, auf das Uebrige aber soviel weiter nicht an. Wer also nur zu irgend einer Art der beschränkten Civilgerichtsbarkeit berechtigt war, — und dieß konnte man in der Regel von jedem Gutsherrn bezüglich auf seine Gutsunterthanen oder Grundholden annehmen, — der konnte sich versichert halten, bei der Behauptung der, ohnehin nur zur jurisdictio infima seu bassa gerechneten freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht leicht angefochten zu werden g).

Daß unsere Jurisdictions-Beamten nicht auf fixe Besoldungen gesetzt, sondern auf den Sportelverdienst

---

g) Scheint man doch diese geringe Schätzung der freiwilligen Gerichtsbarkeit selbst noch in neuerer Zeit gelten zu lassen, wenn z. B. die bayer. Verfassungs-Urkunde Beil. VI. §. 35. und 48. dieselbe auch in dem Fall den Gerichtsherren auszuüben gestattet, wenn sie die vorgeschriebenen Bedingungen der Ausübung der streitigen Gerichtsbarkeit nicht erfüllen können oder wollen. Von den aufzustellenden Justitiarien fordert man alsdann auch keine weitere Qualification als daß sie die Gymnasialstudien und eine gerichtliche (d. h. als Schreiber gemachte) Praxis von drei Jahren nachweisen, dann in der Prüfung das Zeugniß ei-

hauptsächlich angewiesen, eben deswegen aber die fast allein (durch Inventur- und Theilungs-Gebühren, Brieftaxen, Zählgelder ꝛc.) einträglichen Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine nicht wohl entbehrliche Zugabe zu der Function der Beamten waren, — dieß war wohl nicht das letzte und schwächste Motiv, eine Verfassung beizubehalten, deren Verbesserung, hätte man auch die Nothwendigkeit davon erkannt, bei der ehemaligen Zerstückelung Deutschlands in so viele kleine Gebiete, und mithin auch verhältnißmäßig noch mehrere und noch kleinere Gerichtsämter schon die beschränkten Finanzkräfte nicht gestattet haben würden.

§. 21.

Nachtheilige Folgen dieser Verhältnisse; Vernachlässigung der wissenschaftlichen Cultur unserer Disciplin.

Es leuchtet von selbst ein, daß besonders die §. 19. u. 20. bemerkten Umstände der Geschäftspflege im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht günstig seyn konnten. Die Sorge der Gerichte beschränkte sich je mehr und mehr auf einen todten Mechanismus und auf ein geistloses Formelwesen, ja dieser Dienstzweig selbst konnte leicht zu einer leichtsinnigen Behandlung und somit zur Verschlechterung führen. Eine gewisse Gleichförmigkeit, was die äussere Form betrifft (auch wohl die innere, da wo man es nämlich mit der Sache nicht gerade genau nimmt!), ist es hauptsächlich, wodurch sich derselbe vor andern juristischen Disciplinen auszeichnet, weshalb man auch von jeher Formularien-Sammlungen

---

ner "hinlänglichen" Fähigkeit erhalten, — also die letzte Note in der Qualifications-Scala, worauf unmittelbar die der Untüchtigkeit folgt! — Damit stimmt nun freilich nicht das oben §. 7. Gesagte.

für nothwendig zu dessen Erlernung gehalten hat. Schon von der Zeit der Glossatoren her wurde der Prozeß in nichtstreitigen Sachen nicht wie der in streitigen als ein zusammenhängendes Ganzes behandelt; man begnügte sich, bei dem Vortrage des materiellen Rechts die Theorie der einzelnen Rechtsgeschäfte auseinander zu setzen, und etwa Formularien beizufügen. Bekannt sind desfalls die Bemühungen Durand's und Anderer nach ihm [h]). Freilich genügt die Kenntniß der Formen, da wo das Material fest sitzt; leider hat man dieß aber nicht beachtet. Durand durfte in seinem Speculum juris sich bei seinen practischen Anweisungen hauptsächlich auf Formularien beschränken; er durfte zu seiner Zeit wohl voraussetzen, daß den Practikern und den Gerichten die Rechtssätze selbst bekannt seyen. Aber ist dieß so zu unserer Zeit, und bei Subjecten von der so eben Note g. angegebenen Qualification?

Da der Gebrauch von Formularien zur Abmachung dieser Geschäfte unsern Gerichtsbeamten zu genügen schien, so wußten sie sich es auch bequem zu machen. Sie überließen ihre deßfallsige Function (das Notelwesen nach der bayerischen Geschäftssprache der letztvergangenen Zeit, d. h. das Protokolliren der Verträge und die Brieferei oder Urkundenfertigung, sowie die Inventur- und Theilungsgeschäfte) einem Hülfspersonal, bekannt unter dem Namen Schreiber, bei welchen bloße Routine und empirische Fertigkeit die Stelle juristischer Bildung vertreten mußte, die vielleicht hie und da selbst der Beamte oder Richter sich nicht zu eigen gemacht, oder im langjährigen Dienst als Kameral-, Polizei- und Justizamtmann längst abgestreift hatte. Auch hatte der Beamte (vermeintlich) wichtigere

h) Oesterley a. a. O. §. 6.

Dinge zu besorgen, als die häuslichen Angelegenheiten der Bauern i). Um den Verfall dieser Disciplin zu vollenden, kam dazu noch, daß sie der Ehre, als ein systematisches Ganzes bearbeitet zu werden, die dem Civil- und Criminalprozeß schon frühzeitig zu Theil geworden, nie gewürdigt wurde. Auch die Gesetzgebung hat sich bisher wenig dafür interessirt, wovon die Ursachen sogleich (§. 23.) näher angegeben werden sollen. So vereinigte sich alles, diesen Zweig der Rechtsverwaltung, der bei den Römern zum Theil den höchsten Staatsbeamten vorbehalten war, in den Zustand von Geringschätzung zu versetzen, wie wir ihn jetzt erblicken.

§. 22.

Resultate.

Aus dem bisher (§. 12 ff.) Gesagten ergeben sich zweierlei bemerkenswerthe Resultate für den gegenwärtigen Zustand dieses Theils unserer practischen Jurisprudenz.

I. Die Verbindung der streitigen und nichtstreitigen Gerichtsbarkeit im Amte der deutschen Richter erscheint nicht als das Product einer neuern, für eine zweckgemäße Gewaltvertheilung und Ressortbestimmung etwa unfruchtbaren Zeit, oder wie sich mancher vielleicht vorstellen mag, als das Werk einer willkührlichen Gewaltmengerei, sondern sie stellt sich als das Ergebniß einer wenigstens durch ihr hohes Alter merkwürdigen und beachtungswerthen Gewohnheit dar. Dem Richter in streitigen Sachen war immer auch die fürsorgliche Pflege des Rechts in nichtstreitigen Fällen übertragen, und diese Einrichtung war, wo sie galt, nationalen Eigen-

---

i) Meine Schrift: der Dienst der deutschen Justizämter ꝛc. I. §. 3. 4.

heiten angemessen, in den Ländern, die Roms Weltherrschaft huldigten, wie in Deutschlands Gauen. Lange Gewohnheit, man kann sagen, in gewisser Art die Eigenthümlichkeiten des Lebens des deutschen Volks in den niedern Ständen, die stete Wechselwirkung mit den Beamten des Bezirks, als dem ihm zunächst stehenden Organ der öffentlichen Gewalt, — dieß alles hatte bis in die neueste Zeit die Ansichten von dem Wesen der Rechtspflege für die bezielte Gewaltcumulirung gewonnen, oder doch die Vorstellung, daß es anders seyn sollte, nicht aufkommen lassen. Man hatte mit den Unvollkommenheiten dieser Verfassung, und was wir jetzt für dergleichen erkennen, sich ausgesöhnt, so wie man zugleich die Mittel gelernt hatte, gegen Mißbräuche sich vorzusehen. Mag es daher immerhin jetzt für zweckmäßiger gehalten werden, beiderlei Functionen, wo es irgend seyn kann, zu trennen; darum allein, oder wegen des möglichen Mißbrauchs, wovon keine menschliche Institution frei ist, wird man das, was bisher gegolten, nicht unbedingt für schlecht und widersinnig erklären, wenigstens in der Geschichte hat man dazu keinen Grund.

II

In der Regel hängt es von der Willkühr der Parteien ab, den Richter mit ihren nichtstreitigen Angelegenheiten anzugehen. Wo dieß ausnahmsweise (§. 11. Nr. 8.) als nothwendig vorgeschrieben ist, liegt der Grund in bestimmten Vorschriften des römischen und sonst gemeinen Rechts, ferner in der Fortvererbung älterer deutscher Rechtsverfassungen, namentlich der Eigenthumsauflassung vor Gericht, ingleichen in der Vermischung der Begriffe von guts- und gerichtsherrlichen Befugnissen, so wie endlich zum Theil auch in der Vorstellung von der Nothwendigkeit einer staatspolizeilichen Curatel über Rechts- und Geschäfts-Unerfahrene. Eine

radicale Aenderung des Bestehenden greift daher allerdings tief in die ganze Rechtsöconomie, und man darf sagen, in das innere Leben des Volkes ein. Deswegen ist sie nur mit großer Behutsamkeit, besonders was den subjectiven Organismus oder die Wahl der an die Stelle der Gerichte künftig tretenden Verwaltungsbeamten betrifft (§. 4. 6.), zu realisiren, will man anders nicht der Gefahr sich aussetzen, bloß schimmernden Theorien zu Liebe das Altgewohnte weggeworfen und auf gut Glück etwas Neues an dessen Stelle gesetzt zu haben, das sich doch erst durch die Erfahrung bewähren muß und ohne Zweifel wieder neue Mißbräuche herbeiführen wird, gegen welche uns zu waffnen wir erst lernen müssen. Freilich von denen, welche die Reform jetzt so dringend begehren, hat man, wenn sie den Erwartungen nicht entspricht, keine Vorwürfe zu besorgen; sie müssen sich gefallen lassen, daß ihnen ihr Wille geschehen. Aber damit wäre nichts gebessert, wenn die eigentliche Stimme des Volks, welches sich in seinem Mißvergnügen über reelle Unbequemlichkeiten nicht so leicht durch glänzende Formen beschwichtigen läßt, etwa erst zu spät erkannt würde. (Vergl. Seite 16.)

II. Das zweite Ergebniß ist: Die Theorie unserer freiwilligen Gerichtsbarkeit beruht weniger auf einem System gesetzlicher Vorschriften, als auf einem Aggregat römischer, canonischer und deutschrechtlicher Bestimmungen über die verschiedenen Gegenstände dieser Disciplin und ihre Anwendung in foro. Daher rührt der vielfältig wahrnehmbare Mangel an Gleichförmigkeit, indem man, soweit wenigstens von gemeiner deutscher Praxis die Frage ist, bald diese bald jene Formen beobachtet, wie sie eben bei diesem oder jenem Amte der Formularien-Schatz liefert. Die Ursache dieser Erscheinung soll nun schließlich noch untersucht werden.

§. 23.

§. 23.

Schließliche Betrachtungen über die Ursachen der Vernachlässigung unserer Disciplin in der Wissenschaft und Legislation.

Der zuletzt bemerkte Zustand hat seinen Grund, wie schon vorhin (§. 21.) angedeutet worden, in dem geringen Interesse, welches die Juristen vom Stande der Gelehrten diesem Zweige der Jurisprudenz zuwenden, was unter andern die Magerkeit der Literatur dieses Faches in Vergleichung mit dem üppigen Flor der Prozeßliteratur deutlich genug zu erkennen gibt. Und doch sollte man meinen, es ließe sich über die vorsichtige Aufnahme eines Pachtcontracts, über die geschickte Leitung einer Gutsschätzung, einer Erbschafts-Auseinandersetzung und über die dabei vorkommenden Verwikkelungen, über zweckmäßige Verwaltung des Vormundschafts- und Depositen-Wesens u. s. w. noch gar manches sagen und aus dem Schatze der Erfahrung mittheilen, während oft der Gewinn mehrerer neuer Schriften über den Prozeß bloß darin besteht, daß der alte Hut nach der Mode neu aufgestutzt wird. Aber den Gelehrten von Metier fehlt hier gewöhnlich die Erfahrung, und denen, die sie haben, den Practikern, Muße oder Geschick zu deren Mittheilung.

Der verlassene Zustand unserer Disciplin hat aber ausser dem, in dem erstbemerkten Mangel des literarischen Interesse liegenden, noch einen andern Grund, ich meine die Vernachlässigung von Seiten der Gesetzgebung fast in den meisten Ländern Deutschlands wenigstens bis auf die neueste Zeit. Nur Preußen hat hievon längst eine Ausnahme gemacht oder ist doch andern Ländern mit seinem Beispiele leuchtend vorangegangen, indem es in Verbindung mit seiner originellen und vielfältig im Auslande mißverstandenen Civilprozeßordnung auch Ordnungen des Verfahrens in Gegenständen der

freiwilligen Gerichtsbarkeit, sowie für das Hypotheken- und Depositenwesen besonders, erlassen hat, die sich nun fast ein halbes Jahrhundert hindurch als wohlthätig erprobt haben. — Freilich einige Entschuldigung der scheinbaren Theilnahmslosigkeit mag für unsere Gesetzgebungen in der mangelnden Anregung von aussen liegen. Eine zweckwidrige Behandlung dieses Zweigs der Rechtsverwaltung gibt sich nicht so gleichsam auf der Stelle und so schreiend zu erkennen, wie die Mängel einer Straf- oder Civilprozeßordnung, und die gewöhnlich unmittelbaren Folgen ihrer ungeschickten Anwendung. Ohne von dem Strafverfahren etwas weiter hier zu sagen, als daß es in der Thätigkeit der Angeschuldigten, der Defensoren, der Obergerichte, ja gewissermassen selbst in der allgemeinen Theilnahme seine Controle findet, wodurch denn die Gesetzgebung mehrseitigen Impuls erhält, zu bessern, was zu bessern ist, — wollen wir hier nur bei dem bürgerlichen Streitverfahren einen Augenblick stehen bleiben. Das Verhältniß der Betheiligten ist hier contradictorisch; von zwei Theilen kann nur einer Recht bekommen und jeder Schritt des Richters führt zur Verurtheilung oder Lossprechung. Dieß weiß auch jeder der streitenden Theile, und beobachtet daher mit mißtrauischen Blicken den richterlichen Gang. Ist also der gemachte Schritt wirklich oder auch nur vermeintlich nicht in der Ordnung, gleich gibt er der sich dadurch beschwert erachtenden Partei Anlaß, ihr Recht weiter zu suchen; die Entscheidung ohnehin jedesmal wenigstens einem Theile. Es kommt nun theils bei der Deduction der Beschwerden, theils bei der oberrichterlichen Prüfung derselben zu Erörterungen in jure et facto, deren Resultat zugleich fruchtbar für die Gesetzgebung seyn kann. Anders ist dieß bei der Jurisdictio voluntaria. Hier geht alles seinen friedlichen Gang im Einverständniß aller Betheiligten. Das Product der richterlichen Thätigkeit

kann nicht dem Einen vortheilhaft und dem Andern nachtheilig seyn; denn es gilt der Identificirung der Interessen aller Betheiligten. Derjenige, welcher die Behandlung der Sache seinem individuellen Vortheile nicht gemäß findet, und dieß einsieht, (sieht er es nicht ein, so ist ohnehin kein Anlaß zur Beschwerde vorhanden) weiß von selbst, daß er nichts weiter braucht, als Nein zu sagen. Dann ist bei der Behandlung des Geschäfts ohnehin erst gleichsam die Zeit der Saat, und jeder Theil froher Hoffnung; ob Glück oder Unglück aufgeht, lehrt erst eine spätere Zeit. Also nirgends Veranlassung zu einer Rüge! Im nichtstreitigen Verfahren bezweckt man daher gewöhnlich nur Promotorialien, wenn man die dem Richter vorgesetzte Behörde angeht, und diese bieten wenig Stoff zu allgemeinen Verordnungen dar. Während es also in der Regel ist, daß die obere richtende und auffsehende Behörde von der Behandlung eines Rechtsstreits Kenntniß erhält, können hundert Kauf-, Erb-, Hypothekenverträge und Verschreibungen aufgenommen, Verlassenschafts-Theilungen und ähnliche Auseinandersetzungen dutzendweise ausgemacht werden, bis ein einziges Mal ein solcher Fall zur Kenntniß der Oberbehörde kommt, weil Beschwerden über Verzögerungen gewöhnlich ohne Akteneinsicht durch einfache Promotorialbefehle abgemacht werden. Auch der Umstand, daß diese Angelegenheiten gewöhnlich mit rechtsunkundigen Parteien allein abgethan werden, ist hier nicht zu übersehen. Denn wer ist nun da, um Bedenken gegen materielle oder formelle Mängel anzuregen, die der Richter als der einzige Sachverständige übersieht? So kann es denn leicht kommen, daß die Oberbehörden versucht werden, die nichtstreitigen Sachen für bestens besorgt anzunehmen, weil sie von keinen Klagen darüber etwas hören. Aber, wird man einwenden, da aus den gerügten Vernachlässigungen Prozesse entstehen, so ist ja die

Sache der Fürsorge unserer Gesetzgeber nahe genug gelegt. Ich antworte: gerade nicht immer führen die aus einer schlechten Geschäftspflege entstehenden Irrungen zu einem Prozeß. Denn das ist eben auch eine von den Folgen der Rechtsunkunde, daß der leidende Theil gar leicht sich überredet oder überreden läßt, es sey einmal nicht zu ändern, und er müsse sich in Geduld in sein Schicksal fügen. Und wozu läßt sich nicht ein friedfertiges Gemüth bewegen? Manche Nichtigkeitsklage, mancher Haftungsanspruch ist auf diese Weise schon abgewendet worden, wenn es nur die Gegenpartei oder der Richter rechtzeitig dahin einzuleiten wußte, daß die Sache vermittelt wurde, ehe ein Advokat dahinter kam. — Aber lassen wir es auch zu einem Rechtsstreite kommen, so gibt dieser oftmals kein anderes Resultat, als daß eben die Handelnden sich sehr ungeschickt und nachlässig bewiesen, und daß der Richter, soweit er es ist, dem das Versehen zur Last liegt, den Beschädigten haften müsse. Damit ist denn die Sache aus, und niemand denkt noch an etwas weiter. Man glaubt auch wohl, und freilich nicht ganz ohne Grund, daß die Menschen, um klug und mit Ueberlegung zu handeln, nicht erst der Belehrung durch die Gesetze des Staats bedürften, und daß, wenn sie in der Stimme ihres eigenen Interesse, welches unmittelbar an die Parteien, mittelbar an den regreßpflichtigen Richter laut genug spricht, Mosen und die Propheten nicht hörten, auch das Gesetz tauben Ohren predigen würde. — Allein dieses alles rechtfertigt die gesetzgebende Gewalt nicht, wenn sie die Erscheinungen jener Prozesse unbeachtet vorübergehen läßt. Vorsichtig zu handeln, dazu bedarf es freilich keiner Anmahnung durch positive Gesetze; wohl aber bedarf es oft der Anweisung, wie man sich vor Schaden zu hüten habe. Und hier lehrt die Erfahrung, daß nicht selten der Mangel an zweckmäßigen Gesetzen und instruc-

tiven Verordnungen die Schuld der ungeschickten Geschäftsbehandlung trägt k). Aber auch ohne specielle Erinnerung durch die Ergebnisse entstandener Prozesse dürften unsere Gesetzgebungen nicht entschuldigt seyn, wenn sie von einem Verwaltungszweige keine nähere Kenntniß nehmen, von dem sie einmal wissen, daß er existirt, und wissen müssen, daß er so wichtig ist, als irgend ein anderer, so wie daß eine gewisse Gleichgültigkeit von oben gar bald einer gleichgültigen und leichtsinnigen Behandlung von unten zur Entschuldigung dient.

III. Quellen, Hülfsmittel ꝛc.

§. 24.

Zweierlei Arten von Quellen.

Die Quellen, woraus die Theorie des nichtstreitigen Verfahrens unmittelbar und zunächst geschöpft werden muß, sind:

A. Die im eigenthümlichen Sinne so genannten oder die historischen Quellen, nämlich die Gesetze, — in Deutschland die hier geltenden gemeinen und Partikularrechte. In Beziehung auf die Manipulationen des Verfahrens erscheint gewöhnlich auch nur der Gerichtsgebrauch oder die auf einer beständig gleichförmigen Uebung beruhende Behandlungsart gerichtlicher Geschäfte als solche Quelle. Bei diesem Gerichtsgebrauche versteht es sich von selbst, daß er nur insofern eine rechtsbeständige Norm abgibt, als er überhaupt vernünftig, dem Wesen der Sache und dem Zwecke des Geschäfts

---

k) Man könnte hier Beispiele anführen; doch exempla sunt odiosa!

angemessen ist und nicht ausdrücklichen Anordnungen der gesetzgebenden oder obersten vollziehenden Gewalt zuwiderläuft, welche dieselbe in der Form von Prozeßordnungen, Instructionen, Reglementarverfügungen ꝛc. erläßt. Anders würden die Normen des Verfahrens, welche bloß von den Gerichten, als nicht gesetzgebenden und nur untergeordnet vollziehenden Stellen, ausgehen, vom Anfang an zu Recht nicht bestehen. Es darf also z. B. die Form der Auf- und Annahme eines gerichtlichen Testaments nicht gesetzlich bestimmt seyn, wenn der Gerichtsgebrauch in seiner Abweichung Gültigkeit haben soll.

Es bietet sich aber für das Verfahren in Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit

B. noch eine andere, diesem vorzugsweise eigenthümliche Quelle dar, von der schon vorhin (§. 12.) geredet worden: es ist diese — das Leben selbst, als das Element, worin der menschliche Verkehr Bewegung und Nahrung findet, und welches, gleich unerschöpflich für neue Bedürfnisse wie an Mitteln zu deren Befriedigung, recht eigens fruchtbar für unsere Disciplin erscheint, deren Ziel hauptsächlich die Hervorbringung neuer rechtlicher Verhältnisse ist. Diese Quelle ist es auch, woraus der Gerichtsgebrauch das Meiste von den Regeln für die Behandlung der nichtstreitigen Angelegenheiten ableitet, und da von diesem Gerichtsgebrauche die gegenwärtige Schrift eine Art von Commentar seyn soll, so ist der Verfasser von selbst an diese Quelle gewiesen, und überhaupt die Art der Behandlung des Gegenstandes genugsam gerechtfertigt. Indem aber die Grundsätze einer zweckmäßigen gerichtlichen Geschäftsführung, welche Beförderungs-Mittel des menschlichen Verkehrs seyn soll, vorzüglich von der Seite des Einflusses der Erscheinungen des gewöhnlichen Lebens in diesen Verkehr aufgefaßt wurden, durfte da-

neben die nothwendige Verbindung dieser Quelle der Erkenntniß mit der, die uns die Gesetze öffnen, in Materie und Form nicht auſſer Acht gelaſſen werden. Indeſſen die Theorie der freiwilligen Gerichtsbarkeit ſoll kein bloßes Aggregat ohne Ordnung auf einen Haufen zuſammen gefahrener Lehrſätze, ſie ſoll ein ſyſtematiſch geordnetes Ganzes ſeyn. Darum mußte von allgemeinen Wahrheiten ausgegangen werden, die zwar hauptſächlich aus Rechtsſätzen, jedoch auch zum Theil aus der Natur der Sache abgeleitet ſind, in letzterer Hinſicht aber freilich nicht mit Creditiven aus Geſetzſammlungen ausgeſtattet werden konnten, wenn ſie ſchon unbedenklich in der täglichen Praxis befolgt werden, wo man nicht einmal mehr fragt, warum? Möge man alſo etwa deshalb dem Verfaſſer nicht die Abſicht zutrauen, als ob er, ſelbſt ein Practiker nicht von geſtern her, ſtatt poſitiv rechtlich geltender, mithin dem Rechtsgeſchäftsmann allein brauchbarer, Theorien das goldene Kalb aprioriſtiſcher und ſ. g. naturrechtlicher Phantaſien, gleichſam — ein Verfahren, wie es ſeyn ſollte, habe hinſtellen wollen! Denn davon iſt es doch wohl ſehr verſchieden, wenn man ſich bemüht, 1) die zerſtreuten poſitiven Normen unter allgemeine Geſichtspunkte zu bringen und ſyſtematiſch darzuſtellen, 2) die etwaigen Lücken aus der Natur und rechtlichen Eigenſchaft der behandelten geſetzlichen Inſtitute zu ergänzen, vornämlich aber 3) dem angehenden Rechtsgeſchäftsmann Anleitung zu geben, wie er von den Erfahrungen des täglichen Lebens für den Zweck der Geſchäftsführung Gebrauch machen ſolle.

§. 25.

Wichtigkeit dieſer Quelle 1) in materieller Beziehung.

So wie das nichtſtreitige Rechtsverfahren von dem ſtreitigen ſeiner Tendenz nach ſich unterſcheidet (§. 3.),

so verschieden sind beide in Rücksicht auf ihr Material und die Art seiner Behandlung für das bezielte Product. Bei dem streitigen Verfahren gilt es die Erkenntniß von Thatsachen und ihr Verhältniß zu allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, und es soll ein schon bestehendes aber bestrittenes Rechtsverhältniß festgestellt und gegen Willkühr zwangsweise geltend gemacht werden. Bei dem freiwilligen Rechtsverfahren kommt es zwar ebenfalls auf Thatsachen und auf allgemeine Normen ihrer Regulirung für ein Rechtsverhältniß an; aber hier handelt es sich nicht um ein schon bestehendes, sondern um ein neu zu begründendes Rechtsverhältniß, und die Normen sind nicht Rechtsgesetze allein, sondern auch Regeln der Klugheit. Es kommt nämlich bei einem dergleichen rechtlichen Geschäft, bezüglich auf seine innere Form, auf zweierlei an: 1) daß es gesetzmäßig, 2) daß es zweckgemäß sey. Nur für das erstere Erforderniß finden wir den Probirstein in den Gesetzen, für letzteres in Klugheitsregeln, die aus der Erfahrung von Ursachen und Wirkungen im menschlichen Verkehre bezüglich auf das, was den Verkehrenden nützlich oder schädlich ist, abstrahirt sind. Die Parteien, welche ein Rechtsgeschäft eingehen wollen, müssen daher, da sie beiderlei Erfordernisse zu beobachten haben, in den beiderlei Quellen bewandert seyn, und so denn natürlich auch der Richter, der ein dergleichen Geschäft leiten, den Parteien also nicht bloß das Recht weisen, sondern auch nützliche Verhaltungsregeln an die Hand geben soll. Im Streitverfahren, wo es nicht darauf ankommt, was gut und nützlich ist, sondern nur was die Rechtsregel fordert, können Lebenserfahrung und Klugheit eigentlich entbehrt werden, wenn sie schon in so fern wünschenswerth und sogar nöthig seyn können, als sie die Fertigkeit in der Erkenntniß des Streitmaterials erhöhen und stärken.

Schon der Sprachgebrauch weist auf die Quelle hin, die dem Rechtsgeschäftsmann in Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorzüglich nothwendig ist. Wenn der Richter eine Erbsonderung behandelt, aber die Sache ungeschickt angreift, daher selbige in Verwirrung bringt, und statt die Betheiligten auseinander zu setzen, sie in Prozesse verwickelt; so sagt man, es fehle ihm Geschäftserfahrung: man deutet damit nicht bloß auf Unkenntniß der Formen und üblichen Manipulationen, sondern auch und zwar hauptsächlich auf eine Unbekanntschaft mit den Begebenheiten und Verhältnissen, unter welchen das zu behandelnde Geschäft der Erbtheilung unter den Erscheinungen des menschlichen Verkehrs hervortritt. Er habe, will man sagen, den Lauf der Dinge bei dem Entstehen eines Erbfalls, woran Mehrere als Erben Theil nehmen, und die begleitenden Umstände noch nicht wahrzunehmen Gelegenheit gehabt, oder die deßfallsigen Wahrnehmungen nicht benützt; er habe daher auch die Schwierigkeiten nicht kennen gelernt, die sich bei Bestimmung der Rechtsverhältnisse der Theilnahms-Berechtigten in qualitativer und quantitativer Rücksicht ergeben und die mit den verschiedenen Operationen zur Herstellung und Theilbarmachung einer Erbschaftsmasse verbunden sind u. s. w. Zwar die Quelle, die ihm hier unzugänglich war, kann auch das Gesetz seyn; aber hauptsächlich und gewöhnlich wird es daran liegen, daß er wie gedacht mit den Verhältnissen des Lebens unbekannt, und so des factischen Stoffes nicht Meister geworden ist. Er kann den Titel familiae erciscundae mit allen Commentarien darüber auswendig gelernt haben, er kann die Grundsätze und Regeln, wornach die Griechen, die Römer, die Germanen Erbschaften behandelt haben, und wie sich hieraus die heutige gesetzliche Theorie entwickelt hat, zum Bewundern an den Fingern herzusagen wissen, al-

so in den historischen Quellen durchaus bewandert seyn, — und er kann doch die ihm jetzt aufgegebene Theilung nicht zu Stande bringen, hat er nicht aus der Beobachtung ähnlicher Fälle und durch eigene Versuche sich die Regeln und Maximen über die Constituirung einer Verlassenschafts-Masse und die Bedingungen ihrer Theilbarmachung mit Rücksicht auf die dabei obwaltenden verschiedenen activen und passiven Interessen abstrahirt und auf den zu bearbeitenden Fall nach dessen sub- und objectiven Eigenheiten verständig anzuwenden gelernt. Er wird dieß auch nicht, wenn er diese Erfahrung nicht gemacht hat, und sollte er hundertmal gesehen haben, wie ein Inventarium oder ein Erbreceß äusserlich sich ausnimmt. Hier kann leicht ein schlichter Handwerksmann oder Bauer mit unverkrüppeltem practischen Sinn den Rechtsgeschäftsmann mit seiner bloßen Gesetzkunde und seinen Formularien beschämen.

Bei jedem Rechtsgeschäft sieht man nicht bloß auf seine Gesetzmäßigkeit, also bei dem Kaufe, daß Sache und Preis durch Uebereinkunft nach den Forderungen des Rechts bestimmt seyen, sondern auch auf seine Zweckmäßigkeit: es soll die beabsichtete Wirkung in dem Rechtszustande, dem Interesse der Vertragschließenden gemäß, hervorbringen. Die Zweckmäßigkeit kann aber nicht nach einem allgemeinen Maßstabe beurtheilt werden, sie beruht auf Erwägungen nach der Individualität des Falles. In so fern erscheinen bei Eingehung eines rechtlichen Geschäfts die Rechtsgesetze mehr in einer bloß negativen Wirksamkeit, indem sie nur die Grenzen bestimmen, über welche hinaus die parteiliche Willkühr nicht gehen darf. So lehrt zwar die Kenntniß der Gesetze, und nur sie, den Darlehensgeber, daß rücksichtlich des ihm zur Sicherheit bestellten Pfandes der commissorische Nebenvertrag unstatthaft sey, nicht

aber lehrt sie ihn, welche für den gegebenen Fall passende Klugheitsregeln er sonst anzuwenden habe, um seinen Zweck zu erreichen. Allerdings sind diese in dem reichen Schatz der Gesetze zu finden, aber das Leben und seine Erfahrungen und der durch diese gestärkte Verstand müssen den Schlüssel dazu liefern.

Wenn nun also gleich auch im nichtstreitigen Verfahren oder bei den willkührlichen Anordnungen der Parteien die Kenntniß der Gesetze und, weil diese durch quellenmäßiges Studium bedingt ist, auch die Kenntniß der historischen Quellen, nothwendig vorausgesetzt werden muß, — denn die Gesetze sind der Maßstab zur Prüfung entweder der Zulässigkeit jener Anordnungen, oder auch, sofern als selbige etwa nur Wiederhohlungen des gesetzlich schon Bestimmten wären, deren Entbehrlichkeit, — so reicht dieß doch allein nicht hin. Vielmehr würde, ohne Anschauung des Lebens selbst und ohne Kenntniß seines Einflusses auf die beabsichtete rechtliche Handlung, so wie der mancherlei subjectiven und objectiven Hindernisse und Schwierigkeiten, die sich den davon erwarteten Wirkungen entgegen stellen, aber nur dem practischen Beobachter offenbaren, weder die Thätigkeit der Parteien, noch die Mitwirkung des Richters ihren Zweck erreichen. Die causae cognitio, die eine so wesentliche Stelle in der richterlichen Wirksamkeit bei gewissen Rechtsgeschäften einnimmt, würde eine hohle Form seyn, und überhaupt der Richter so wenig mit Recht sich rühmen dürfen, daß er den Anforderungen der Cautelar-Jurisprudenz zu genügen verstehe, als der Schulmann, der den Umfang seines Berufs bloß aus der Schulordnung ermessen wollte.

§. 26.

Fortsetzung. 2) In formeller Beziehung.

Auch in formeller Hinsicht sind die Gesetze nicht

die alleinige Quelle, woraus die Regeln der Behandlung der nichtstreitigen Sachen sich ableiten, und auch hierin weicht das Verfahren von dem in Streitsachen ab. Bei diesem sind die Procedurformen zur Bewirkung der richterlichen Ueberzeugung und somit für das bezielte Ergebniß des ganzen Verfahrens gesetzlich genau bestimmt, und sie müssen es der Natur des Zwangsverhältnisses gemäß seyn, indem die widerstrebende Partei nur dem, was als den Gesetzen angemessen auf gesetzliche Weise erkannt worden, sich zu fügen genöthigt werden kann. Dadurch ist jede von dem Richter etwa nach den Eigenheiten des Falles beliebig getroffene Abänderung des regelmäßigen Ganges zur Erkenntniß der juristischen Wahrheit ausgeschlossen. Anders ist dieß bei dem friedlichen Verfahren nach unserer Disciplin. Denn sowie die zweckmäßige Behandlung in materieller Hinsicht bedingt ist durch Erfahrung und Uebung, und diese durch Bekanntschaft mit den Ereignissen im wirklichen Leben, wie vorhin gezeigt worden, so gilt dieses auch in formeller Beziehung. Der Geschäftsmann hat sich auch hier oftmals nach den Umständen einzurichten, um gewisse Zwecke leichter zu erreichen, als wenn er überall schlechthin denselben Leisten anwenden wollte. Darum ist ein richtiges Arbitrium nicht ausgeschlossen, indem es wesentlich darauf ankommt, die Eigenheiten des Falles in ihrer Beziehung auf den Zweck mit Umsicht und practischer Gewandtheit zu erfassen und mit Klugheit davon Gebrauch zu machen. Zwar kann der Richter, dem eine bestimmte Form eines Vermögens-Inventariums, einer Schätzung, einer Gemeinschafts-Auseinandersetzung u. dgl. vorgeschrieben ist, davon willkührlich nicht abweichen. Aber wo wäre auch hier ein Gesetz oder eine Instruction, wodurch alle Modalitäten und Manipulationen dergestalt erschöpfend vorgezeichnet wären, daß dem Richter nichts übrig bliebe,

als das Product seiner Thätigkeit bloß über den Leisten jener Normative zu probiren? Weislich überlassen daher die positiven Gesetze über das nichtstreitige Verfahren dem Richter öfters, nach den Umständen sich einzurichten, und sie müssen es, weil ja doch, alle Fälle und Verbindungen vorherzusehen, die menschlichen Kräfte unserer Gesetzgeber übersteigt, Lücken also unvermeidlich wären. Wo man dieß nicht beobachtet, vielmehr, um ja jede Willkühr, auch wo sie unschädlich und selbst wohlthätig ist, einzuzwängen, für jeden Tritt und Schritt des Geschäftsmannes eine Elle bereit hält, beweisen eben die Verfasser einer solchen dem Bette des Prokrustes gleichenden Instruction, daß gerade die Erkenntnißquelle, wovon hier die Rede ist, — das Leben — für sie versiegt ist. — Wie viele unserer Hypotheken- ꝛc. Gesetzvollziehungs-Instructionen an diesem Mangel leiden, wie sie den Geist lähmen, indem sie ihn Schritt für Schritt am Gängelbande der Geschäfts-Instruction führen, ist bekannt. Man sollte doch einmal glauben, daß es genügt, dem Schreiber zu sagen: schreibe, ohne daß es nöthig ist, ihn zu erinnern, daß er die Feder in die Hand nehmen und in Tinte tauchen müsse. Was aber das Schlimmste bei der Sache ist, so sind leider die Verfertiger practischer Anweisungen oft selbst keine Practiker, verwirren also nur die Schwächern unter den Geschäftsmännern, und ärgern die Starken.

§. 27.

Hülfsmittel.

Zu den Hülfsmitteln gehören, ausser einem fleißigen Studium der Gesetze, nämlich ihrer materiellen Bestimmungen hinsichtlich der Erfordernisse und rechtlichen Folgen eines Geschäfts, als der Grundlage aller zweckmäßigen Wirksamkeit des Rechtsgeschäftsmannes,

1) Beobachtung des Ganges der Geschäfte und des Verfahrens der Gerichtsbehörden mittelst unmittelbarer Anschauung, wenn man dazu Gelegenheit hat. Höchst zweckmäßig ist in dieser Rücksicht die Einrichtung, wo sie besteht, nach welcher jungen Rechtsgelehrten, wenn sie die Universitätsstudien vollendet haben, verstattet, ja sogar als unerläßliche Bedingung ihrer Qualifikation zum Staatsdienste vorgeschrieben ist: eine Zeit lang bei Gerichtsstellen zum Zweck ihrer Ausbildung unter den verschiedenen Benennungen als Practikanten, Accessisten, Auskultatoren, Referendarien, zu practiziren [1]). Daß es aber für den Zweck keineswegs genügt, wenn der Anfänger nur die Geschäftsführung bei irgend einem Gericht sieht, daß es nicht einerlei ist, wo er in die Schule geht, das sollte freilich kaum erinnert werden dürfen, wenn nicht eine gewisse Gleichgültigkeit in diesem Punkte eben auch zu den Zeichen der Zeit gehörte. In manchen Ländern ist der Mehrzahl unserer jungen Männer bei ihrer Bildung zum öffentlichen Dienst mehr nur um das äussere Gepräge, als gerade um den Feingehalt zu thun. Nach Ablauf des akademischen Trienniums gilt man für einen Juristen, und so dann nach einem Jahre Praxis billig für einen Practiker!

2) Das Lesen gut instruirter Akten und die Benützung guter Formularbücher. Zur Auswahl unter den wenigen empfehlungswerthen dergleichen Bü-

---

1) Ueber das Bedürfniß dieser Vorbereitungs-Praxis und deren zweckmäßige Einrichtung vergl. man meine Schrift: der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentl. und Privatrechts-Praxis. Erlangen 1818. gr. 8. Einleit. §. 1. ff.

chern muß sich freilich der Anfänger des Raths eines erfahrnen Practikers bedienen.

3) Eigene Uebung, wodurch wir nicht nur allmählich das so nothwendige Selbstvertrauen, sondern auch jene Tactfestigkeit uns zu eigen machen, die eben den tüchtigen Geschäftsmann zu erkennen gibt. Auch bewirkt längere Uebung und eine gewisse Aehnlichkeit der Geschäfte mit einander eine eigenthümliche Norm der sachgemäßen Behandlung, die man Geschäfts-Analogismus nennen könnte, und die bei aller Neuheit eines gegebenen Geschäfts dem Practiker zum zuverläßigen Wegweiser dient, hat er anders Zweck und Wesen der Aufgabe richtig begriffen.

4) Kenntniß der Geschäfte des bürgerlichen Lebens und der Formen des Verkehrs, wovon vorhin schon die Rede war. Je reicher seine Erfahrung hierin ist, desto zweckmäßiger wird der Geschäftsmann wirken. Ueberhaupt wird ihm einige Kenntniß in Gegenständen des Handels, der Gewerbe, der Landwirthschaft oft mehr zu Statten kommen als eine Masse von juristischem Wissen neben einer Leere in den Erfahrungen des täglichen Lebens.

5) Kenntniß der Literatur, vornämlich aber

6) genaue Bekanntschaft mit der Muttersprache. Leider ist die Sprache noch bei vielen Geschäftsmännern ein gar sehr unangebautes Feld! Fleissige und aufmerksame Lektüre der deutschen, und was die Bildung des Geschmacks im Styl überhaupt betrifft, auch der Classiker in andern Sprachen, so wie der als vorzüglich anerkannten geschäftsstylistischen Schriften wird sich auch hier als fruchtbar erweisen.

§. 28.

Plan der Schrift; Einiges zur Rechtfertigung der befolgten Methode.

Nach den im §. 8. angegebenen verschiedenen Beziehungen der Rechtsfürsorge soll

im ersten Theile dieser Schrift mit den Regeln des nichtstreitigen Verfahrens, vornämlich in Beziehung auf Rechtsgeschäfte, im Allgemeinen sich beschäftigt, und

im zweiten Theile die Anwendung hievon auf einzelne Geschäftsgegenstände gemacht werden.

Der Verfasser findet sich aber veranlaßt, zur Rechtfertigung der Behandlung seines Gegenstandes um so mehr Einiges zu erinnern, da er den Vorwurf m) beseitigen möchte, daß er wider den Zweck der Schrift, die eigentlich eine Anleitung zur Praxis seyn soll, zu viel materielle Rechtssätze eingemischt habe. Es soll sich, um diesem, hauptsächlich wohl den zweiten Theil beziehlenden Tadel zu begegnen, hier nicht auf Autoritäten berufen werden. Man könnte dafür statt aller andern die gewiß vollgültige des Juristen Gajus anführen, der in dem IV. Buch seiner Institutionen, wo eigentlich die Form der Actionen, Exceptionen, Interdicte ꝛc. gelehrt werden soll, an vielen Orten auch das Materielle mancher einzelnen Rechtsmittel erörtert z. B. §. 66. 67. 70—81. 110—113. 114. seqq. 150—153. Allein der Verfasser will lieber seine Rechtfertigung aus der Natur der Sache selbst herhohlen.

Die Bestandtheile der Willenshandlungen zur Begründung rechtlicher Verhältnisse oder der Rechtsgeschäfte

---

m) Derselbe ist der ersten Ausgabe gemacht worden, und könnte ungeachtet der Bemühung, nach Thunlichkeit den Wünschen der Kunstrichter sich zu fügen, doch auch dieser noch gemacht werden.

te bestehen aus factischen und rechtlichen Sätzen. So erscheinen unter andern bei dem Kaufvertrage vor. nämlich Sache und Preis und was zu deren näherer Bezeichnung gehört, bei dem Ehevertrage das beiderseitige Heirathsversprechen, und bezüglich auf den Vermögenspunkt der Ausdruck des Heirathsguts ꝛc. als factischer, dagegen alles, was die hieraus sich ableitenden Rechte zwischen den Vertragschließenden betrifft, und Gegenstand der Verabredung geworden, als rechtlicher Bestandtheil der bemerkten Verträge. Eigentlich läßt sich auch ohne den rechtlichen Theil das Geschäft als wirksam denken, da es eben die Gesetze sind, welche die juristischen Folgen aus dem gegebenen und angenommenen Versprechen: eine Sache für einen gewissen Preis überlassen zu wollen u. s. w. unter den Contrahenten bestimmen. Allein es gibt wohl selten einen Vertrag, wo die denselben Schließenden es dabei bewenden lassen, bloß das Factische des Geschäfts auszudrücken. Sie machen vielmehr Festsetzungen, wodurch die gesetzlichen Bestimmungen über das Geschäft, zwar nicht rücksichtlich der wesentlichen Eigenheiten, was juristisch unmöglich wäre, wohl aber rücksichtlich der s. g. naturalia abgeändert, und was gesetzlich nicht vorgesehen ist, die zufälligen Punkte, ergänzend regulirt werden. Soweit hat denn auch ihre Thätigkeit einen vernünftigen Zweck. Durch diese Abänderung oder Ergänzung des allgemein gesetzlich Verordneten geben sich die Contrahenten selbst ein Gesetz für den concreten Fall, sie machen autonomische n) (willkührliche) Festsetzun-

---

n) Das Wort Autonomie im engsten, oder sofern man sich darunter die Constituirung einer allgemein verbindlichen Norm denkt, vielmehr uneigentlichen und bloß figürlichen Sinn genommen. Vergl. G. F. Puchta das Gewohnheitsrecht I. Seite 156.

gen. Diese sind denn natürlich unzulässig, sofern sie Anordnungen enthalten, welche die vom Gesetz geordneten wesentlichen Eigenschaften des Geschäfts ändern oder sonst einer verbietenden Rechtsregel entgegen sind. Sie können aber auch zwecklos seyn, wenn sie nur wiederhohlen, was schon das Gesetz ausspricht, ein Tadel, der so viele unserer Verträge trifft. Hieraus folgt, daß die ein Rechtsgeschäft Vornehmenden, es seyen nun die Interessenten selbst oder der hiebei concurrirende öffentliche Beamte (Richter oder Notar) mit den gesetzlichen Bestimmungen vertraut seyn müssen, theils um die Grenzen erlaubter Aenderungen der einschlagenden Gesetze einzuhalten, theils was in diesen gar nicht, oder nicht bestimmt (jus controversum) oder nicht nach der Absicht der Betheiligten verordnet ist, zu ergänzen, zu berichtigen, und zu ändern, theils endlich, um nicht Festsetzungen zu machen, die das Gesetz schon gemacht hat, also wider Zweck und Wesen der Autonomie etwas unnützes zu unternehmen.

Es erhellet hieraus, daß die Darstellung der Regeln zur formellen Behandlung eines Rechtsgeschäfts von den materiellen gesetzlichen Bestimmungen über dasselbe ausgehen muß. Interessen muß eigentlich die Kenntniß derselben vorausgesetzt werden, weil sonst mit der Theorie des Verfahrens eine ganz andere Disciplin, die Dogmatik der Rechtssätze, verbunden werden müßte, wovon bloß die Anwendungskunst gelehrt werden soll. Ganz umgehen kann man jedoch die materiellen Rechtsbestimmungen nicht, ohne besonders gegenüber gewissen Lesern in den Fehler der Unverständlichkeit zu verfallen, und aus zu weit getriebener Rücksicht für das Bedürfniß ausgemachter Rechtskenner den Zweck der Gemeinnützigkeit einer solchen Anleitung aufzugeben.

Erster Theil.

Von

dem Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit

und

vornämlich von der Behandlung der Rechtsgeschäfte

im Allgemeinen.

Literatur.

S. Stryk de cautelis contract. necess.

Idem de cautelis testamentorum.

W. A. Lauterbach Diss. de vol. jurisd. Tüb. 1658.

J. E. Schroeter 3 diss. a) de jurisd. in genere; — b) de divis. jurisd. in vol. et content. — c) de proprietatibus vol. jur. Erl. 1747. 48.

Lp. Fr. Fredersdorf's Anweisung für angehende Justizbeamte und Unterrichter. Lemgo 1772. bis 1774. 3 Thle. 8. Besonders im 3. Bd. S. 288 ff.

J. Claproth's theoret. pract. Rechtswissensch. von freiwilligen Gerichtshandlungen. Göttingen 1789. 8. (Dritte oder deutsche Ausgabe der primae lineae jurispr. extrajud. theor. pract.)

Ebendess. Rechtswissensch. von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contr. (jurispr. heur.) 2 Thle. 8. 4te Aufl. Gött. 1797. 98.

Desselben Werks 3ter Th. von Testamenten, Codicillen, Vermächtnissen und Fidei-Commissen. Gött. 1792. 8.

(von Trützschler's) Anweisung zu vorsicht. und förml. Abfassung rechtl. Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkührl. Gerichtsbarkeit. 4te Aufl. Leipz. 1801. 2 Thle. 8. (Wohl immer noch das brauchbarste, wenn gleich eben nicht gut geordnet und durch unnütze Wiederhohlungen erweitert.)

(K. F. von Benekendorf's) Grab der Chicane ꝛc. Berlin 1781 — 1785. 3 Bände, der letzte in 2 Theilen, 8. (Ein Muster von Weitschweifigkeit und Salbaderei.)

Heinr. Kuppermann's Versuch eines pract. Handb. für Notarien, Sachwalter und Gerichts-Actuarien. Leipzig 1789 — 97. 3 Thle. in 6 Bänden. (Ein bloßes, überdieß weitschweifiges Formularbuch.)

C. G. Gmelin von Aufsätzen über Verträge überhaupt, von Schuld = und Pfandverschreibungen ꝛc. insbesondere. Tübingen 1790. 8.

J. C. König's Formularbuch für aussergerichtliche Handlungen und freiwillige Gerichtshandlungen. 3te Aufl. Nürnb. 1817. 8.

R. F. Terlinden's Versuch einer practischen Anleitung zum Decretiren und Expediren in unstreitigen Rechtsgeschäften ꝛc. nach den Grundsätzen der neuern preuss. Gesetze (3r Theil der Anleitung zum Decretiren ꝛc.) Halle 1795. 8.

C. L. Frh. von Leonrod von dem Verfahren bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nürnberg 1817. 8. (Nur einige Bogen.)

Kaulfuß's practische Anleitung zu Geschäften der freiwilligen Gerichtbarkeit in den preuss. Staaten ꝛc. Posen und Leipzig 1819. 8.

H. E. F. Bolley's Entw. einer Instruction für die Gerichtsnotarien im Königr. Würtemberg. Stuttgart 1821. 8.

Mein Entwurf einer Ordnung des Verfahrens in Gegenst. der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Erlangen 1824. 8.

Neigebaur's Handbuch zur Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit (2te Aufl.) Hamm 1827. (bloß für preußische Rechtsgeschäftsmänner.)

Ferd. Oesterley's Versuche ꝛc. (s. oben Seite 36.)

Erstes Kapitel.

Von der richterlichen Mitwirkung bei den Rechtsgeschäften im Allgemeinen.

§. 29.

Die verschiedenen Richtungen der Thätigkeit bei einem Rechtsgeschäft überhaupt.

Bei jedem Rechtsgeschäfte sehen wir zuvörderst

A. auf dessen Abschluß oder die Art und Weise, wie sich die Willensvereinigung über den Gegenstand des Geschäfts geäussert hat;

und hier sind zweierlei Rücksichten zu beobachten:

a. das Geschäft muß den gesetzlichen Erfordernissen seiner Rechtsbeständigkeit gemäß eingerichtet, es muß gesetzmäßig seyn;

b. es muß Mittel für den vorgesetzten Zweck der Handelnden, also so eingerichtet seyn, daß es die beabsichtete Wirkung sicher hervorbringt, d. h. es muß zweckmäßig seyn.

Ausser diesem Theile der Willensthätigkeit der Betheiligten, dessen Product auch der Inhalt oder die innere Form der Handlung genannt wird, und welcher natürlich der erste und zugleich wesentlichste ist, pflegt bei jedem irgend erheblichen Geschäft auch noch ein zweiter Thätigkeitsact einzutreten, nämlich

B. die schriftliche Abfassung o) oder die sinnliche Darstellung desselben durch das Mittel der Schrift.

---

o) Fertigung oder Ausfertigung würde ich sagen, wenn

Diese schriftliche Abfassung, die zur äussern Form des Geschäfts gehört, bezweckt die Erhaltung seines Andenkens bei den Interessenten und den Beweis bei entstehendem Widerspruche. Da aber der Beweis gemeinrechtlich p) an keine bestimmte Form gebunden ist, so kann die Schrift nur als die zweckmäßigere Beweisform, folglich bloß von Seite ihrer Nützlichkeit in Betrachtung kommen, nicht als ein wesentlicher Bestandtheil des Geschäfts angesehen werden, es wäre denn, daß entweder die Betheiligten die schriftliche Abfassung zugleich mit zum Gegenstande der Uebereinkunft gemacht hätten, oder daß einer von den Fällen einträte, wo die Gesetze dieselbe bei gewissen Geschäften für nothwendig erklärt haben, sey es nun ausdrücklich, oder auch stillschweigend, indem sie die gerichtliche Verlautbarung, wovon die Schrift unzertrennlich ist, vorschreiben. Es bestimmen nämlich hie und da Partikulargesetze aus politischen Gründen q) bei gewissen Rechtsgeschäften die schriftliche Abfassung, bisweilen selbst die gerichtliche Behandlung als wesentliches Erforderniß ihrer Rechtsverbindlichkeit, und lassen bei der Verabsäumung kein anderes Beweismittel zu. Eigentlich kann in diesem Falle von einem

---

ersteres Wort, da es im Hochdeutschen veraltet und auch in Oberdeutschland nur noch in den Ausdrücken: amtliche Fertigung, Fertiggeld, Fertigungsgebühr, üblich ist, gemeinverständlich wäre, das Wort Ausfertigung aber nicht eine eigenthümliche Bedeutung hätte, indem es nicht von dem Protokoll, sondern nur von der daraus verabfaßten Urkunde, also von der Expedition gebraucht wird.

p) L. 4. D. de fide instr.

v. Glück's Commentar XVI. S. 29.

q) Vergl. hierüber meinen (Seite 86.) angeführten Entwurf Seite 271. ff.

Beweise, mithin schon darum auch von einem andern Beweismittel überhaupt keine Rede seyn. Denn das Geschäft ist ohne Wirkung, es kommt also auch nicht darauf an, ob der die Erfüllung seiner übernommenen Verpflichtung verweigernde Mitpaciscent das Daseyn desselben einräumt oder läugnet. Im erstern Fall bedürfte es ohnehin keines Beweises, im letztern aber wäre derselbe wegen der Unförmlichkeit und daher Unverbindlichkeit des Geschäfts irrelevant. In so fern gehört die Schrift und so denn auch die Behandlung vor Gericht zu den Feierlichkeiten eines Geschäfts (Sollennia negotii), worunter man überhaupt äussere Zusätze zu der rechtlichen Handlung versteht, die den Zweck haben, dieser vor der Behandlungsart im gewöhnlichen Leben eine Auszeichnung beizulegen, durch welche die Vermuthung des mit Ernst und Ueberlegung und überhaupt nach den gesetzlichen Erfordernissen erfolgten Abschlusses erhöht und dadurch zugleich ein Beweismittel von eigenthümlicher Art gegeben werden soll. So kommt zu dem mündlichen Geding die Schrift, zu der Schrift, wenn sie nur aussergerichtlich abgefaßt wird, die Zuziehung und Mitunterschrift von Instrumentszeugen, wodurch der leichtere Beweis der Aechtheit der aussergerichtlichen Abfassung und unterschriftlichen Vollziehung bezweckt wird, und so wird endlich statt der Privatscriptur überhaupt die Aufnahme des Geschäfts zum gerichtlichen Protokoll und hiernächst die Ausfertigung einer Urkunde darüber angewandt.

Feierlichkeiten sind zur Rechtsbeständigkeit eines Geschäfts nur ausnahmsweise, wo nämlich die Gesetze selbige zu dessen Perfection vorgeschrieben haben, nothwendig. Denn man kann sonst das Geschäft auch ohne schriftliche Abfassung gültig vornehmen, oder es bei der bloßen Privatscriptur bewenden lassen. Insbe-

sondere tritt die Feierlichkeit der gerichtlichen Mitwirkung nur ausnahmsweise ein (§. 11. Nr. 5.).

§. 30.

— und der richterlichen Mitwirkung besonders.

Die richterliche Mitwirkung kann bald nach gesetzlicher Nothwendigkeit, bald allein nach der Willkühr der Parteien eintreten; — sie kann bald auf die Art des Abschlusses, also auf die innere Form, bald bloß auf die Abfassung oder äussere Form gerichtet seyn. In der Beziehung auf die innere Form kann sie bloß auf die Gesetzmäßigkeit, oder zugleich auch auf die Zweckmäßigkeit des Geschäfts gehen. Auch in Hinsicht auf die äussere Form kann die gerichtliche Concurrenz sich verschieden äussern, sowohl was die gesetzliche Nothwendigkeit oder Freiwilligkeit, als was die Modalitäten der richterlichen Thätigkeit betrifft. Es gibt demnach

I. Geschäfte, wobei die richterliche Mitwirkung hauptsächlich der innern Form der Handlung wegen Statt findet, und zwar nicht allein bezüglich auf die Gesetzmäßigkeit, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit der Handlung (S. 87.). Es leidet keinen Zweifel, daß diese Art der Mitwirkung nach dem Verlangen der Betheiligten eintreten kann, wo es dann von diesen abhängt, zu bestimmen, ob der Richter, ausser der in alle Wege von ihm zu controlirenden Gesetzmäßigkeit, auch auf die Zweckmäßigkeit des Geschäfts sein Augenmerk zu richten haben solle. Gewöhnlich tritt aber diese Art der Concurrenz für gewisse Fälle kraft des Gesetzes ein (§. 11. Nr. 5.) und von dieser ist eigentlich hier nur die Rede. Hier muß der Richter nicht bloß was die Gesetzmäßigkeit, sondern auch was die Zweckmäßigkeit fordert, von Amtswegen beobachten. In dieser Beziehung spricht man auch wohl, — freilich nur unter ge-

wissen Modificationen und uneigentlich (§. 11. Nr. 14. und Seite 55.) von einer richterlichen Einwilligung in das Geschäft. Immer aber ist diese Mitwirkungsart durch eine eigenthümliche Thätigkeit des Richters charakterisirt, die ihn in den Stand setzen soll, den hier nothwendigen Einfluß auf die parteiliche Willensbestimmung und deren Product nach dem Zwecke dieser Mitwirkung geltend zu machen. Es ist dieß die causae cognitio, wovon in der Folge mit mehrerem die Rede seyn wird. Hier wird nur bemerkt, daß, weil das Verfahren dabei einige Aehnlichkeit mit dem im streitigen Prozesse hat, die Geschäfte Handlungen der gemischt freiwilligen Gerichtsbarkeit (actus jurisdictionis vol. mixtae) genannt werden.

Es gibt aber auch Geschäfte, wo die richterliche Mitwirkung bloß auf die äussere Form geht. Ihre Tendenz ist glaubhafte Beurkundung des Verhandelten, oder der nach einer eigenthümlichen Form zu liefernde vollständige Beweis, daß und wie das Geschäft wirklich zu Stande gekommen. Der Richter concurrirt bloß zur schriftlichen Abfassung oder "Fertigung," daher braucht das Geschäft bloß vor ihm verlautbart zu werden, (insinuatio, oder nach der römischen Geschäftssprache publicatio negotii). Die Geschäfte, wobei es bloß dieser Art der richterlichen Concurrenz bedarf, werden zu den rein freiwilligen gerechnet, jedoch bezieht sich das Merkmal der Freiwilligkeit nur auf die innere Form, indem sich diese Art von Geschäften nur darin von den Geschäften ad I. unterscheidet. Denn es kann im Uebrigen

II. auch hier eine Nothwendigkeit der gerichtlichen Behandlung eintreten, sofern als die Gesetze diese als wesentliche Form der Handlung vorgeschrieben haben, indeß

III. es Geschäfte gibt, (und diese machen die Mehrzahl, folglich die Regel aus) wo es schlechthin von dem Gutbefinden der Parteien abhängt, ob sie die gerichtliche Behandlung wählen oder es bei der aussergerichtlichen bewenden lassen wollen.

Beiderlei Arten von Geschäften der rein freiwilligen Gerichtsbarkeit (II. u. III.) unterscheiden sich von den Handlungen ad I. wesentlich. Die Gesetzmäßigkeit des materiellen Theils oder Inhalts des Geschäfts ist hier zunächst nicht, die Zweckmäßigkeit aber gar nicht Gegenstand der richterlichen Fürsorge; hier tritt also auch das eigentliche Kriterium, die causae cognitio, nicht ein.

Endlich gibt es noch

IV. eine Art der richterlichen Mitwirkung, die selbst von den beiden zuletzt bemerkten durch die Einfachheit ihrer Behandlung wesentlich verschieden ist: die Contrahenten können nämlich dem Richter ein aussergerichtlich zu Stande gekommenes Instrument über ein Rechtsgeschäft, welches auch aussergerichtlich gültig hätte behandelt werden können, vorlegen, — nicht daß er dessen Inhalt prüfe, auch nicht einmal in der Absicht, daß er der schriftlichen Abfassung (dem Redactionsgeschäfte) sich selbst unterziehe, sondern bloß um von ihm die unterschriftliche Vollziehung beglaubigen und der aussergerichtlichen Urkunde ein Recognitionsattest beifügen zu lassen. Hier, wo sich der Richter, wenn es die Parteien verlangen, selbst der Einsicht der Instruments enthalten muß, wird also nur der Aechtheitsbeweis der Privaturkunde bezweckt, ohne daß diese im Uebrigen, besonders was die innere Form betrifft, die Kraft einer gerichtlichen erhielte.

Noch ist zu bemerken, daß, wenn die gerichtliche Mitwirkung, es sey nach gesetzlicher Vorschrift oder

nach der Uebereinkunft der Betheiligten für nothwendig zur Perfection des Geschäfts erkannt ist, nicht einmal auf deren Erwirkung geklagt werden kann r).

§. 31.

Ueber Grund, Zweck und Grenzen der richterlichen Concurrenz.

Wenn gleich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Freiheit des Menschen, in seinem rechtlichen Zustande Veränderungen zu wirken, also Rechtsgeschäfte vorzunehmen, ordentlicher Weise unbeschränkt ist, und die positive Gesetzgebung diese Freiheit wie billig in Schutz nimmt; so liegt es doch ausser der Macht menschlicher Gesetzgeber, das Eintreten gewisser Hindernisse unmöglich zu machen, die entweder in Rücksicht auf den Gegenstand des Geschäfts selbst oder auf die subjective Qualification der Handelnden der freien Bewegung dieser im Wege stehen. In der letztern Beziehung besonders kann die Gesetzgebung nicht gleichsam mit schöpferischer Kraft bewirken, daß jeder, der ein Rechtsgeschäft unternimmt, auch die Fähigkeit besitze, den Forderungen der Zuverlässigkeit und Gewißheit einer Willenserklärung für sich selbst zu genügen, also daß das Product der sich selbst überlassenen Willkühr nicht zugleich das Schicksal der Regellosigkeit habe, und somit den Keim der Hinfälligkeit schon in seiner Entstehung entwickele. Von dieser Erwägung ausgehend ordnen daher die Gesetze,

nach dem Grundsatz der Staatsfürsorge für die Hülfs- und Schutzbedürftigen im weitesten Sinne des Worts, sowie aus Gründen des öffentlichen Wohls überhaupt, bei gewissen Rechtsgeschäften die

---

r) L. 17. C. de fide instr. (4, 21.)

Mitwirkung der Gerichte s) als nothwendig an, während sie bei andern dieselbe bloß gestatten und dem Gutbefinden der Betheiligten es überlassen, ob sie von dieser Einrichtung Gebrauch machen wollen oder nicht.

Nun ist zwar das letztere als Regel anzunehmen, so daß also die Nothwendigkeit der gerichtlichen Mitwirkung, gleichwie das selbige motivirende Hinderniß selbst nur ausnahmsweise eintritt, ebenfalls nur ausser der Ordnung Statt findet und Statt finden darf. Denn der Staat soll keine Zwangsanstalt für vernünftige Wesen seyn, daher es auch regelmäßig von der Willkühr der Betheiligten abhängen muß, ob sie von der Gelegenheit, ihre Sachen vor den Gerichten zu ordnen und der damit verknüpften Vortheile vor einer bloß aussergerichtlichen Behandlung theilhaftig zu werden, ihrer Convenienz gemäß finden. Indessen gibt es doch Verhältnisse, wo auch hier, also ausser dem Fall, wo Mein und Dein streitig ist, die Gesetze die Unzulänglichkeit der Privatkräfte angenommen, ja diese Annahme dergestalt sanctionirt haben, daß die Interessenten der Geltendmachung jener Staatsfürsorge für sich und ihre rechtlichen Handlungen unbedingt sich unterwerfen müssen (§. 11. Nr. 5.). Es tritt hier eine Art von praesumtio juris et de jure ein, wornach den Betheiligten, ohne Rücksicht auf etwaige Ausnah-

---

s) Daß alles, was in dieser Schrift von der Concurrenz der Gerichte zu den Geschäften der Staatsbürger und den Grenzen dieser Concurrenz gesagt wird, auf diejenige Behörde überhaupt Anwendung findet, welcher nach Verschiedenheit der Justizverfassung dieses oder jenes Landes dasjenige obliegt, was hier als Attribut der richterlichen Gewalt angenommen wird, bedarf kaum noch einmal erinnert zu werden (§. 4.).

men im concreten Falle, überhaupt nicht zugetraut wird, die Hindernisse und Schwierigkeiten für sich selbst zu beseitigen, welche in dem Gegenstande und der Art des Verkehrs liegen.

Abgesehen von den Geschäften, welche die Parteien der äussern Form wegen vor Gericht bringen müssen, nimmt bei gewissen rechtlichen Handlungen die innere Form oder der Gegenstand und Inhalt derselben die gerichtliche Concurrenz in Anspruch. Es gibt nämlich Geschäfte der Privaten, wobei es nicht bloß auf das Interesse dieser allein ankommt, sondern zugleich Rücksichten auf das gemeine Wohl mit zur Anwendung kommen, — nach der Sprache des römischen Rechts t) **pacta, quae ad jus publicum**, im Gegensatze von solchen, **quae ad voluntatem spectant.** Bei jenen kann es nicht schlechthin auf die Verfügung der zunächst Betheiligten ankommen; **jus publicum privatorum pactis mutari non potest** u). Daher ist die richterliche Concurrenz hier nothwendig, jedoch mit dem bezüglich auf die parteiliche Willkühr schon oben (§. 11. Nr. 7. u. 8.) angegebenen Unterschied, je nachdem von der äussern oder innern Form des rechtlichen Geschäfts die Rede ist.

§. 32.

Fortsetzung.

Betrachten wir also die gerichtliche Mitwirkung nach den gesetzlichen Bestimmungen und deren unzweifelhaften Motiven, in Uebereinstimmung mit den Erscheinungen des practischen Lebens, so finden wir

t) L. 12. §. 1. D. de pact. dot.

u) L. 38. de pactis.

1) ihren Grund in der Fürsorge des Staats für die Rechtssicherheit;

2) ihre Veranlassung in der Unfähigkeit der Geschäfts-Interessenten, ihre Willkühr so zu äussern, wie es die Zweckmäßigkeit oder doch die Rechtsbeständigkeit dessen, was Product dieser Willkühr werden soll, fordert, — welche Unfähigkeit in gewissen Fällen vom Gesetz selbst angenommen ist v);

3) ihren Zweck endlich in der beabsichteten Entfernung dieses Hindernisses.

Dieses Hinderniß oder der Mangel der zur zweckgemäßen, legalen und zuverlässigen Behandlung des Geschäfts erforderlichen Eigenschaften ist bei gewissen Rechtsgeschäftssubjecten und Verkehrsverhältnissen durch das Gesetz ausgesprochen, und die richterliche Einwirkung absolut für nothwendig erklärt. Bei den übrigen ist den Betheiligten die Wahl gelassen, ob sie sich getrauen, das Geschäft selbst vorzunehmen, oder die richterliche Beihülfe dazu suchen wollen. Hier wählt daher die Willkühr der Betheiligten zwischen den Vortheilen, welche damit verbunden sind, wenn sie, obschon mit Unbequem-

---

v) Das practische Leben zeigt uns auch hier wieder die zuverlässige Erkenntnißquelle. Fragen wir nur die Parteien, warum sie ihren Kauf-, ihren Ehe- und Erbvertrag, ihren Pachtcontract vor Gericht abschließen? warum sie der Inventur einer Verlassenschaft, der Auseinandersetzung einer Erbschaft wegen ꝛc. den Richter angehen? die Antwort wird überall seyn: weil es eben so vorgeschrieben ist, — oder: weil wir es selbst nicht recht anzufangen wissen, daher lieber die Kosten der gerichtlichen Behandlung auf uns nehmen wollen.

quemlichkeit, ihre Sache vor den Richter bringen, auf der einen — und den besorglichen nachtheiligen Folgen einer etwa mangelhaften aussergerichtlichen Behandlung, wenn diese ihnen gleich für jetzt bequemer ist, — auf der andern Seite. Während bei den zuerst bemerkten Geschäften keine Wahl Statt findet, den Richter anzugehen oder nicht, ist bei den übrigen die Freiheit der Partei durch nichts beschränkt, wohl zu merken jedoch: nur die Freiheit, den Richter anzugehen oder nicht; denn hat die Partei einmal das erstere gewählt, so muß sie sich auch allen den Bedingungen unterwerfen, unter welchen allein das richterliche Amt für seinen Zweck, der auch der Zweck der Betheiligten ist und seyn muß, wirken kann (§. 11. Nr. 10.).

§. 33.

Ueber die subsidiäre Eigenschaft der richterlichen Mitwirkung.

Es ist schon erinnert worden, daß selbst bei den gemischt freiwilligen Rechtsgeschäften das richterliche Amt mehr *negativ*, für Entfernung von Hindernissen der Rechtsfreiheit, als *positiv*, für Erzielung eines bestimmten Products der parteilichen Willensthätigkeit wirksam ist (§. 11. Nr. 3.). Noch mehr ist dieses bei den rein freiwilligen Rechtsgeschäften der Fall. Darauf beruht der Grundsatz von dem überall bloß *subsidiären* Eintreten der richterlichen Mitwirkung (§. 11. Nr. 11.), welcher von hoher practischer Wichtigkeit für eine richtige Ansicht von der ganzen Stellung des Richters gegenüber den Parteien ist. Ohne die hiernach normirten Grenzen seiner Thätigkeit würden die Betheiligten stets der Gefahr einer willkührlichen Behandlung von seiner Seite sich ausgesetzt sehen, und es würde ihm ein Leichtes seyn, unter dem Schein rechtlicher Fürsorge und gestützt auf das mißverstandene Erforderniß ei-

ner richterlichen "Einwilligung" (§. 11. Nr. 14.) sich zum Herrn des Geschäfts zu machen. Ueberall kommt es daher, was das Material des Geschäfts anlangt, vor allen auf den vernünftigen Willen der Contrahenten selbst an, soweit sie nur irgend vernünftig zu wählen nicht verhindert sind. Sind sie aber dieses, fehlt ihnen die rechtliche Handlungsfähigkeit, so müssen zunächst parteiliche Vertreter ihnen zur Seite gestellt werden. So hat der Pupill zuvörderst seinen Vertreter in der Person seines Vormundes, den der Richter nur zu beaufsichtigen hat, und so machen demnach selbst die gemischt freiwilligen Geschäfte keine Ausnahme in der Behandlung nach diesem Grundsatze. Dieß bringt schon der Begriff einer richterlichen Leitung mit sich, die immer nur eine mangelhafte Selbstthätigkeit unterstützt und ergänzt, folglich wo diese nicht gestört erscheint, von selbst wegfällt; ferner die Analogie vom streitigen Verfahren. Wenn daher das Gesetz bestimmt, der Vergleich über künftige Verpflegungsgelder bedürfe der gerichtlichen Bestätigung nach vorgängiger causae cognitio, so ist hiernach wohl nicht zu bezweifeln, daß vor allen die Betheiligten als diejenigen erscheinen, die den Vergleich unter sich errichten, der Richter aber als der, welcher selbigen bloß prüft. Findet dieser dabei nicht alles in Ordnung, so kann er nichts weiter thun, als den Contrahenten erklären: so, wie sie es beabsichteten, könne der Vergleich nicht Statt finden, weil ꝛc. Allenfalls kann er Vorschläge machen, wie sie seiner Meinung nach das Geschäft einzurichten hätten. Die Betheiligten sind aber an diese Vorschläge nicht gebunden; sie können etwas anderes beschließen, nur das nicht, was der Richter, aus Gründen versteht sich, für unzulässig erklärt hat. Dann müssen sie freilich abwarten, ob nicht etwa gegen das Geschäft auch in der veränderten Gestalt mit Grund etwas einzuwenden ist. —

Ein anderes Beispiel: der Richter findet bei Constituirung einer öffentlichen Hypothek nach deutschem Rechte (§. 37. VII.) nach Untersuchung der Sache, daß das Unterpfand dem Gläubiger die gehörige Sicherheit nicht gewähre. Er wird also die Confirmation oder s. g. Consensertheilung versagen. Wenn nun aber der Gläubiger, von den Umständen unterrichtet, ausdrücklich erklärte, mit der Hypothek gleichwohl zufrieden seyn und die Gefahr lediglich auf sich nehmen zu wollen, dürfte hier der Richter dennoch Anstand nehmen, die Confirmation zu ertheilen? Gewiß nicht. Aber zu seiner künftigen Deckung sowohl, als damit nicht ein Dritter getäuscht werde, der etwa durch Cession die Forderung an sich bringen, oder sich damit ein Pfand bestellen lassen könnte, wird der Richter nicht unterlassen, von dem Sachverhältniß und der Erklärung des Gläubigers in dem Instrument ausdrücklich Erwähnung zu thun.

Wir werden im folgenden Kapitel auf diesen Gegenstand zurückkommen; hier soll nur noch folgendes erinnert werden. Wenn gleich die fragliche Modification in den Gesetzen bestimmt nicht ausgedrückt ist, so ist sie doch durch die Praxis begründet und folgt, wie so manche andere in dieser Schrift aufgestellte practische Regel, wofür gerade kein ausdrückliches Gesetz allegirt wurde oder zu allegiren war, aus der Natur der Verhältnisse. Daß aber diese für unsere Disciplin eine eben so wesentliche als ergiebige Quelle ist, ohne welche der bloß auf die Bestimmungen der positiven Gesetze verwiesen werdende Richter sich in den meisten Fällen hülflos und verlassen finden würde, ist vorhin schon erinnert worden. Auch die Verfassung unserer Gerichte rechtfertigt diese Theorie, da deren Gewalt überhaupt ungleich beschränkter ist, als die der römischen Gerichtsobrigkeiten, die das röm. Recht mit seinen deßfallsigen

Bestimmungen vor Augen hatte. Diese größere Beschränkung unserer Richter ist aber schon eine durch den Umstand gebotene Maßregel, daß sie auf Lebenszeit angestellt werden, deren Gewalt also perpetuirlich ist, während die römischen Magistrate selbige nur temporär ausübten. Hier lag also in der kurzen Dauer des Amtes und in dem Wechsel der Gewalthaber eine Garantie gegen Mißbrauch, welche uns, unter andern Verhältnissen, die Beschränkungen durch ausdrückliche Gesetze und Praxis gewähren müssen.

§. 34.

Resultate für die Grenzbestimmung der richterlichen Gewalt.

Nach den oben §. 11. aufgestellten Grundsätzen und den bisherigen Erörterungen kann man rücksichtlich der Grenzen der richterlichen Gewalt gegenüber der privatrechtlichen Freiheit im nichtstreitigen Verfahren nicht in Zweifel seyn. Es ergeben sich nämlich daraus folgende Regeln:

Die richterliche Mitwirkung bei den Rechtsgeschäften ist nur in gewissen Fällen, mithin ausnahmsweise, als nothwendig gesetzlich vorgeschrieben. Sie tritt da, wo diese Nothwendigkeit nicht vorhanden ist, auch nur nach der Willkühr der Betheiligten ein. — Da niemand, der rechtlich keines Vormundes bedarf, irgend einer vormundschaftlichen Fürsorge wider Willen unterworfen werden darf, selbst wenn dieß sein Bestes zu fordern scheint, so liegt auch in der individuellen Ueberzeugung des Richters: daß die Partei in der Wahl der Mittel zu ihrem Zwecke klüger hätte verfahren können, kein Grund zur Geltendmachung einer Autorität über Den, der frei zu wählen nicht verhindert ist. Hieher ist aber die rechtliche Belehrung einer rechts- und geschäftsunkundigen Partei nicht zu beziehen, wozu der Richter allerdings verpflichtet ist, wobei er aber

den Abweg einer Rathgebung zur Gefährde der andern Partei sorgfältig vermeiden muß. — Die richterliche Concurrenz darf nicht weiter wirksam werden, als es ihr Grund mit sich bringt; sie findet daher in dem erreichten Zwecke des Gesetzes und in der, in den rechtlichen Schranken sich äussernden, Privatwillkühr ihre Grenze. — Der Richter hat sich zwar mehr negativ als positiv thätig zu verhalten, immer jedoch thätig, soweit es dem Zwecke seiner durch das Gesetz oder den Willen der Betheiligten angesprochenen Wirksamkeit, mit Rücksicht auf seinen Standpunkt als Organ einer der Privatwillkühr nicht beliebig dienstbaren höhern Gewalt, gilt, — niemals bloß leidend.

Es ergibt sich aus Allem folgendes Resultat:

der Richter handelt als obrigkeitliche Person, und in so fern, besonders was Formen betrifft, unabhängig von der Willkühr der Parteien. Aber er ist nicht materiell betheiligt; seine Wirksamkeit ist rücksichtlich des Inhalts des rechtlichen Geschäfts nur Mittel der rechtlichen Zwecke der Parteien. Daher darf er den in der Verfügung über das Ihrige nicht verhinderten oder sonst beschränkten Parteien seinen Beistand und seine bessere Ueberzeugung nicht aufdringen, vielmehr soll er nur auf Entfernung der Hindernisse ihrer freien Thätigkeit hinwirken. Ferner: da er für die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts, nicht für den einseitigen Vortheil der Theilnehmer zu sorgen hat, so soll er auch das rechtliche Interesse aller Betheiligten mit gleich durchgehender Sorgfalt und Unbefangenheit wahrzunehmen sich bestreben.

Aber vergesse man nicht: leichter ist es hier, den Namen des unbefangenen Mannes zu verdienen, als sei-

nen amtlichen Pflichten ganz zu genügen, und öfter sinkt die natürliche Wärme der Theilnahme bis zum Gefrierpunkte gänzlicher Gleichgültigkeit herab, als sie sich über ihren mittlern Stand, der auch hier der rechte ist, erhebt.

Zweites Kapitel.

Classification der Rechtsgeschäfte nach der Nothwendigkeit und den Modalitäten der richterlichen Mitwirkung. — Grundsätze des Verfahrens.

§. 35.

Drei Classen von Rechtsgeschäften.

Theils in Beziehung auf das Zwangsverhältniß rücksichtlich der Annahme der richterlichen Mitwirkung, theils auf die Art und Weise, wie sich diese äussert, gibt es drei verschiedene Arten oder Classen von Rechtsgeschäften.

A. Nothwendig ist die gerichtliche Mitwirkung nur bei einigen dieser Geschäfte,

1) weil die Gesetze dabei eine Untersuchung der Sachverhältnisse und einen Beschluß von Seiten des Richters (causae cognitio et decretum) als Bedingung ihrer Gültigkeit vorschreiben, — I. Classe —;

2) weil die gesetzlich bestimmte Form diese Concurrenz des Richters bedingt, — II. Classe —.

B. Bei allen übrigen Geschäften ist diese Mitwirkung nicht nothwendig, sondern die Parteien können selbige auch aussergerichtlich wirksam vornehmen, — III. Classe —.

Die Geschäfte der I. Classe bezeichnet man mit dem Namen gemischt freiwillige, actus jurisdictionis voluntariae mixtae; die der II. und III. Classe mit dem Namen rein freiwillige, actus jurisd. vol. meraе. In das Gebiet der jurisdictio voluntaria gehören die Geschäfte aller drei Classen, auch die der ersten, weil auch hier kein Streit die richterliche Thätigkeit veranlaßt; aber weil hier eine besondere Modification dieser Thätigkeit eintritt, haben sie Aehnlichkeit mit dem Prozeßverfahren, indem sie nach der römischen Gerichtssprache Tribunal et Decretum fordern, während die Geschäfte der rein freiwilligen Gerichtsbarkeit de plano et absque decreto verhandelt werden, da es dabei nur auf magistratus auctoritas und fides publica ankommt. Nur darin liegt also das Merkmal der reinen Freiwilligkeit bei den letztern im Gegensatze von den ersten, nicht darin, weil hier die Concurrenz der Gerichte überall von der Willkühr der Parteien abhinge, welches nur bei den Geschäften der III. Classe der Fall ist.

Welche Geschäfte zur ersten und zweiten Classe gerechnet werden, davon in den folgenden §§. —; jetzt nur noch Einiges über die Art und Weise der richterlichen Thätigkeit hiebei.

Bei den gemischt freiwilligen Geschäften hat der Richter vorzugsweise mit der innern Form des Geschäfts zu schaffen. Er untersucht, wiefern es die Eigenschaften einer verbindlichen Willenshandlung habe, ergänzt das Mangelhafte an der rechtlichen Selbstständigkeit der Contrahenten, und entfernt die der Uebereinkunft in Beziehung auf die Zweckmäßigkeit etwa entgegenstehenden Hindernisse, überall sowohl im parteilichen als im öffentlichen Interesse, sofern als letzteres besonders bei den Geschäften dieser Art in Berührung kommt. Hier ist es also durchaus nicht die formale Richtigkeit der

Handlung und deren Beweis allein, worauf es ankommt, es handelt sich zugleich von der materialen. Es ist nicht davon allein die Rede:

was ist unter den Parteien festgesetzt worden?

sondern der Richter muß zugleich untersuchen und prüfen:

konnte das, was festgesetzt worden, mit Rechtsbeständigkeit festgesetzt werden?

ja er muß selbst prüfen:

ob das, was factisch und rechtlich vollständig festgesetzt erscheint, auch den Forderungen der Zweckmäßigkeit entspricht.

Anders verhält sich die Sache bei den rein freiwilligen Geschäften (II. und III. Classe), die im Uebrigen, besonders soweit sie zur letzten Classe gehören, bei weitem die Mehrzahl ausmachen. Hier gilt die richterliche Mitwirkung entweder allein, oder doch hauptsächlich nur dem Beweise dessen, was die Parteien formal richtig ausgemacht haben, mit Anwendung der deßfalls nothwendigen äussern Formen und Feierlichkeiten. In der Regel kann aber jeder seine Rechtsgeschäfte ohne alle bestimmte äussere Form zu Stande bringen. Er kann Zeugen beiziehen oder eine Schrift darüber abfassen, sofern als es dabei auf weiter nichts, als auf den Beweis ankommt. Gewisse Geschäfte bedürfen indessen, (auch abgesehen, wie überall, von dem, was nach der Uebereinkunft der Contrahenten zur Perfection der Handlung gehören soll), wenigstens particularrechtlich, zu ihrer Gültigkeit nicht nur überhaupt der Schrift, wo es dann gleichgültig ist, ob diese aussergerichtlich oder gerichtlich aufgenommen wird. Wieder andere fordern die Schrift vor Gericht oder die gerichtliche Beurkundung zu ihrer gesetzlich bestimmten

Form (die Handlungen der II. Classe). Hier beschränkt sich die richterliche Concurrenz bloß auf die Gewißheit der Willenserklärung und hiernächst auf die Anwendung der vorgeschriebenen Form der Beurkundung. Auf die materielle Beschaffenheit oder die Art und Weise des Abschlusses geht sie nur in so fern, als auch das Wesen der Handlung an und für sich Gegenstand der richterlichen Aufmerksamkeit seyn muß, um zu verhüten, daß nicht etwa offenbar nichtige und zwecklose Bestimmungen gemacht werden, (§. 11. Nr. 10.) z. B. eine Pfandbestellung **sub pacto commissorio**, ein Testament ohne Erbeinsetzung u. dgl.

§. 36.

Geschäfte der gemischt freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Der Kreis der hier namentlich anzugebenden Geschäfte der gemischten Art oder der I. Classe hat sich in Folge veränderter Verfassungen und unter dem Einflusse deutscher Rechtseigenheiten durch Particulargesetze und Praxis gegen seinen Umfang nach dem römischen Recht theils erweitert theils verengt. Nach römischem Recht gehörten hieher: 1) **alienatio rerum minoris**, 2) **manumissio servi a minore XX annis facta**, 3) **transactio de alimentis testamento relictis**, 4) **tutoris datio**.

Nach dem gemeinen practischen Recht w) bedürfen folgende Geschäfts-Gegenstände der **causae cognitio** und der Richter ist hiebei theils in der Eigenschaft als Obervormund, theils kraft der Jurisdiction wirksam.

I. Alle Geschäfte, wobei die obervormundschaftliche Gewalt thätig werden muß, und zwar

---

w) Vergl. Claproth's theoret. pract. Rechtswissensch. von freiwilligen Gerichtshandl. §. 11. u. 143 ff.

Malblanc consp. rei jud. rom. germ. §. 84.

A. zuvörderst bei Einleitung und Führung der Vormundschaft, soweit es besonders auf folgenreiche Geschäfte ankommt. Es gehört also nach heutiger Praxis hieher, nicht bloß die Handlung der obrigkeitlichen Vormundsbestellung (tutoris datio) allein, sondern das Amt der Vormünder und Pfleger wird unter Aufsicht und Leitung des Gerichts als Obervormundes geführt, und mehrere der hiebei vorkommenden Geschäfte, die ausserdem der Concurrenz des Richters nicht bedürfen würden, machen die obervormundschaftliche Genehmigung und eben darum eine Prüfung der Verhältnisse nothwendig. Daher beschränkt sich die richterliche Mitwirkung mit causae cognitio nicht bloß auf den Fall der Veräusserung der Güter eines Pflegbefohlenen, sie tritt vielmehr bei allen irgend folgenreichen Geschäften ein, indem diese den Vormündern und Curatoren nicht allein überlassen werden, z. B. bei dem Ankaufe von Immobilien, bei Eingehung einer Pachtung, bei Führung eines Prozesses, Eingehung eines Vergleichs, bei Ausleihung von Kapitalien, Contrahirung von Schulden, soweit dieß nicht die Führung der Wirthschaft oder die Bestreitung der Bedürfnisse des Pflegbefohlnen etatsmäßig mit sich bringt; ferner bei Antretung einer Erbschaft, Schließung einer Heirath, sowie überhaupt einer Verbindung, die in ihren Folgen für die Person oder das Vermögen des Pflegbefohlnen bedenklich ist. Hier ist überall die Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts, daher auch eine Untersuchung und ein Decret nothwendig, und das einzugehende Geschäft wie ein gemischt freiwilliges zu behandeln. Ueberhaupt gehen, was die Befugnisse der Vormünder und den Einfluß der Gerichte in deren Geschäftsführung betrifft, Particularrechte und Praxis weiter als das römische Recht. Sie erweitern die Pflichten und damit denn auch die Befugnisse der Gerichte, und beschränken der Vormünder Ge-

walt, zumal wenn diese nicht hinlängliche Caution bestellt haben. Man nimmt es aber mit der Cautionspflicht nicht mehr so strenge, um nicht die Veranlassung zu Excusationen zu vermehren. Dagegen sucht man die Sicherheit hauptsächlich in der Depositalverwaltung und in der erweiterten Verantwortlichkeit der Gerichte. Ob letzteres gut ist, soll hier nicht untersucht werden; wir nehmen die Sache wie sie ist.

B. Die vormundschaftliche Fürsorge des Staats durch die Gerichte tritt aber auch ein und macht sich in der bezielten Kategorie geltend, so oft der Fall ist, daß eine unter väterlicher Gewalt stehende und bloß deswegen der staatsvormundschaftlichen Fürsorge nicht bedürfende Person bei einem Rechtsgeschäft in den Zustand des collidirenden Interesse mit dem väterlichen Gewalthaber kommt. Dieser Fall tritt am häufigsten ein 1) bei Ehe- und Erbverträgen, wenn der heirathende Vater Kinder aus voriger Ehe hat; 2) bei den s. g. Vorausregulirungen, (Verabfachungen) wobei den Kindern auf erfolgte Vermögensdarlegung von Seiten des Vaters ihr Muttergut (mütterlicher Voraus) berechnet und versichert wird; 3) bei Grund- (Tot-) Theilungen, wenn die Kinder auch wegen ihres dereinstig väterlichen Erbes abgefunden werden sollen.

Tritt das bemerkte Verhältniß gegenüber der Mutter ein, schreitet also sie zu einer zweiten Ehe, oder will sie sich vorstehendermassen mit ihren Kindern auseinander setzen, so folgt hier die Nothwendigkeit der obrigkeitlichen Fürsorge schon daraus, daß sie nur in der Kategorie als Vormünderin ihrer Kinder erscheint, und diese Eigenschaft nun aufgeben muß. — Großjährige, wenn sie nicht aus einem andern Grunde der Curatel bedürfen, müssen hier überall ihr Bestes selbst be-

sorgen. — Bei der Verhandlung dieser Angelegenheiten werden den Kindern Curatoren ad actum, und beziehungsweise, bei der Mutter, wo diese die Vormundschaft nicht mehr führen kann, förmliche Vormünder bestellt, und unter deren Mitwirkung das Beste der Kinder besorgt.

Es kann geschehen, daß der Richter, welcher ein Geschäft, wobei ein Pflegbefohlner betheiligt ist, vor sich verhandeln läßt, nicht zugleich das Amt des Obervormundes auf sich hat: z. B. der Richter der gelegenen Sache behandelt den Verkauf eines Pupillenguts. Wem liegt hier die causae cognitio ob? Offenbar nicht dem judex rei sitae, sondern dem persönlichen Richter des Pupillen, der zugleich dessen Obervormund ist. Jener hat also hier nichts zu thun, als daß er sich von dem contrahirenden Vormunde das Veräusserungsdecret des Vormundschaftsrichters vorlegen läßt, für dessen gehörige Ertheilung dieser zu haften hat. Der Realrichter selbst behandelt das Geschäft alsdann nur wie einen andern Gutskaufvertrag (§. 38. nr. 1.).

§. 37.

Fortsetzung.

Ferner gehören zu den gemischt freiwilligen Geschäften x)

II. die Bestätigung einer Adoption y);

III. die durch eine Art vor Gericht bewirkte aus-

---

x) Die unter II. u. III. hier aufgeführten Geschäfte rechnen Andere nicht zur ersten, sondern zur zweiten Classe. Malblanc l. c. §. 83.

y) L. fin. C. de adopt. (8, 48.)

drückliche Entlassung aus der väterlichen Gewalt (emancipatio justinianea) z);

IV. Einkindschafts-Verträge a);

V. die Veräusserung eines Dotalfundus, der dem Manne nicht kaufs-, sondern bloß schätzungsweise angeschlagen ist b), zur Ausmittelung der Nothwendigkeit oder wenigstens Nützlichkeit der Veräusserung c). Practischer sind indessen in der Sphäre der ehelichen Vermögensrechte die Fälle, daß

VI. eine Ehefrau überhaupt Verbindlichkeiten für ihren Mann, wozu die Gesetze sie nicht verpflichten, übernehmen oder Vermögensrechte aufgeben soll, und wo daher, besonders in Gegenden, in welchen die Geschlechtsvormundschaft gilt, die Frau nicht nur mit Zuziehung eines Beistandes handeln, sondern die Handlung auch vor dem ordentlichen Richter der Eheleute unter dessen Mitwirkung vor sich gehen muß. Wenigstens ist die Beobachtung dieses Erfordernisses immer rathsam, wo nicht die Landesrechte deutlich davon dispensiren. Nach dem preußischen d), bayerischen e) und andern Landes-Rechten f) ist die Nothwendigkeit der

---

z) L. 5. 6. C. de emancip. (8,, 49.)

a) Hofacker princ. jur. civ. I. §. 609.

von Trützschler's Anweis. zur Abfassung rechtl. Aufsätze I. S. 319. (IV. Aufl.)

b) Ebenders. Th. II. S. 197. §. 46.

c) Boehmer introd. in jus Dig. XXIII. Tit. V. num. 3. 7.

d) Allg. L. R. Th. II. Tit. I. §. 343. sq.

e) Bayer. L. R. Th. I. Cap. 6. §. 34.

f) Mittermaier's Deutsches Pr. R. §. 203. Note 11. (IV. Ausg.)

gerichtlichen Behandlung bei Interceſſionen für den Ehemann beſtimmt ausgeſprochen und die Belehrung der weiblichen Rechte von dem Richter zur Bedingung der Gültigkeit des Geſchäfts gemacht. Daraus folgt denn von ſelbſt, daß, wenn die Certioration nicht an dem Mangel der Allgemeinheit leiden, oder in einer ſimpeln, rückſichtlich der Verſtändlichkeit doch immer prekären Geſetzbelehrung beſtehen ſoll, die Zweckmäßigke der richterlichen Handlung ein Eingehen in die Individualität des Falles in ſub- und objectiver Rückſicht vorausſetzt. Es muß folglich der Richter dabei unterſuchend einſchreiten, und ſeine eigene Kenntniß von den Umſtänden der Eheleute, die er als ordentlicher perſönlicher Richter derſelben erlangt hat, geltend machen, ſo daß alſo hier, wie bei einem andern gemiſcht freiwilligen Rechtsgeſchäft, mit causae cognitio von dem competenten Richter verfahren werden muß g).

Weiter gehören zu den gemiſcht freiwilligen Geſchäften:

VII. die öffentlichen Hypothekbeſtellungen vor Gericht an Orten, wo keine förmliche Hypothekenbücher eingeführt ſind. Denn hier wird von dem Richter verlangt, daß er dem Gläubiger nicht bloß für die Richtigkeit der Hypothekbeſtellung, ſondern auch für deren Zweckmäßigkeit, alſo dafür hafte h), daß das Unterpfand die beabſichtete Sicherheit ſowohl nach ſei-

---

g) Will man indeſſen dieſe Claſſification nicht gelten laſſen, ſo muß man doch die Handlung den im folg. §. unter 1. u. 2. aufgeführten Geſchäften anreihen, die eine Art von Zwiſchenclaſſe zwiſchen den gemiſcht und rein freiwilligen Handlungen bilden.

h) Malblanc l. c. §. 84. 7.
v. Glück's Comm. XVIII. S. 293 ff.

nem Werthe an sich (Kaufwerth), als bezüglich auf die etwa schon darauf haftenden Hypotheken (Hypothekwerth) gewähre. Der Richter kann daher nicht eher in die Hypothek "consentiren" und den Consens- oder Hyp. Brief ausfertigen, als bis er über den Realzustand des Immobile eine causae cognitio angestellt hat. Da, wo förmliche Hypothekenbücher nach dem Prinzip der Oeffentlichkeit bestehen und alle Hypotheken und sonstige Realansprüche ohne Unterschied ihres Titels zur Erlangung der dinglichen Eigenschaft eingetragen werden müssen, und wo daher jeder Creditgeber sich selbst vorsehen kann und muß, fällt diese ohnehin unvollkommene i) richterliche Fürsorge von selbst weg.

Endlich rechnet man gemeinrechtlich noch hieher

VIII. die Vergleiche über künftige Alimente, die durch letztwillige Verordnung verschafft sind k). Auch Vergleiche über gesetzliche Alimente werden hieher bezogen l).

§. 38.

Geschäfte der rein freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei welchen gleichwohl die gerichtliche Concurrenz nothwendig ist.

Die Nothwendigkeit der gerichtlichen Concurrenz tritt hier, bei den Geschäften der II. Classe (§. 35.), nicht der causae cognitio, sondern bloß der äussern Form wegen ein, also zum Zwecke der erhöhten Ueberzeugung von der Legalität der Handlung, vielmehr weil diese Form die gesetzlich bestimmte zur Perfection des Geschäfts ist. Auch hier muß zwar eine Prüfung, also

---

i) Vergl. meine Schrift: der Dienst der deutschen Justizämter oder Einzelrichter II. S. 563.

k) L. 8. pr. et §. 2. D. de transact.

l) v. Glück V. S. 54.

Untersuchung der Umstände in subjectiver und objectiver Hinsicht Statt finden, ohne welche der Richter überhaupt für seinen Zweck nicht wirksam seyn könnte. Aber diese Untersuchung ist von anderer Art, als die, von welcher es sich bei den gemischt freiwilligen Geschäften handelt; denn sie geht, zunächst wenigstens, nur auf die Wirklichkeit, nicht auf die rechtliche Möglichkeit und Zweckmäßigkeit des Geschäfts, von welcher Verschiedenheit hernach weiter gehandelt werden wird. Auch wird hier in der Regel nur überhaupt die Mitwirkung eines Gerichts gefordert, nicht die des competenten, welches nur ausnahmsweise in den unter 1. und 2. nunmehr zu betrachtenden Fällen eintritt.

Die in diese Classe gehörigen Geschäfte sind gemeinrechtlich folgende:

1) die Verträge über die Veräusserung des Eigenthums unbeweglicher Güter. Denn die Gültigkeit der hierdurch bewirkten Besitzveränderung ist bedingt durch die, an die Stelle der ehemaligen Eigenthums-Auflassung vor Gericht getretene, richterliche Bestätigung, so wie durch die Ab- und Zuschreibung in den öffentlichen Büchern. Letzteres ist eine Forderung des staatsfürsorglichen Interesse theils für die Gewißheit des unbeweglichen Eigenthums, theils für die sichere Leistung der davon zu entrichtenden öffentlichen Lasten und Abgaben. Die Handlung muß daher auch nothwendig vor dem competenten Richter der Sache, als derjenigen Behörde erfolgen, die sich im Besitze dieser öffentlichen Bücher befindet. Tritt bei einer dergleichen Veräusserung rücksichtlich der Contrahenten ein Hinderniß von der Art ein, wie es §. 36. n. I. bemerkt ist, so versteht es sich von selbst, daß eine eigentliche causae cognitio nothwendig wird und in sofern das Geschäft als gemischt freiwilliges erscheint. An sich aber ist dieß gemein-

meinrechtlich nicht der Fall. Verkäufer und Käufer unbeweglicher Güter sind unter übrigens gleichen Umständen, also wo kein sub- und objectives Alienationshinderniß eintritt, der Handlung an sich wegen in der freien Verfügung von Seite des Richters nicht beschränkt.

2) Die gerichtliche Niederlegung des Gegenstandes einer Forderung wegen verweigerter Annahme von dem Gläubiger auf gehörige Anbietung. Diese Niederlegung muß bei dem Richter des Zahlungsortes, oder wenn dergleichen nicht bestimmt ist, bei dem Richter des Schuldners als Deponenten geschehen m). Eine Sachuntersuchung tritt hiebei nicht ein, da die Vorladung des Gläubigers ad videndum deponi nur monitorisch ist, und die Hinterlegung ohne weiters erfolgt, der Vorgeladene mag erscheinen oder nicht, indem ihm seine Rechte zum förmlichen Austrag im Prozesse vorbehalten bleiben.

Zur Verhandlung vor irgend einem Gerichte eignen sich

3) Schenkungen, deren Gegenstand 500 Solidi (Ducaten nach der Praxis) übersteigt n).

4) Testamente, welche die Eigenschaft gerichtlicher haben sollen.

5) Die Bestellung einer öffentlichen Hypothek im Sinne des röm. Rechts, wobei es also bloß auf den Beweis der Authenticität oder auf die Constatirung des Alters unter öffentlichem Glauben ankommt. Verschie-

---

m) v. Glück IV. S. 422. Note 74.

n) L. 27. 30. C. de donat.

de Pufendorf obs. jur. un. IV. 121.

Müller ad Leyser obs. 691.

den hievon sind die Hypothekbestellungen, wovon im vorigen §. num. VII. die Rede war. — Gewöhnlich rechnet man auch hieher (manche, z. B. Claproth, sogar unter die Geschäfte gemischter Art)

6) die s. g. Exemplificationen. Man versteht darunter die Erneuerung alter, schadhaft gewordener Urkunden durch Fertigung vidimirter Abschriften mit Zuziehung der Betheiligten, zu dem Zwecke, daß die Abschriften künftig die Stelle der Originalien vertreten. All in diese Exemplificationen oder Renovationen der Urkunden, wie sie die preußische Gerichtsordnung o) verständlicher nennt, sind gar keine Rechtsgeschäfte, sondern gerichtliche Beglaubigungs-Handlungen, die zu jenen Gegenständen des nichtstreitigen Verfahrens gehören, welche §. 9. n. II. als eine eigene Art der gerichtlichen Thätigkeit bei Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezeichnet worden sind.

Es darf übrigens kaum noch einmal erinnert werden, daß hier nur von gemeinrechtlichen Bestimmungen die Rede ist, nicht von Anordnungen particulärer Gesetze, durch welche hie und da auch noch andere Geschäfte in diese Kategorie gesetzt, ja selbst zu gemischt freiwilligen gemacht werden, wie z. B. das bayerische Recht die Bürgschaften der Personen geringern Standes von einer **causae cognitio** des Richters abhängig macht (Seite 57.).

§. 39.

Die Bestimmungen I) der preuß. Gesetzgebung hierüber.

Es ist vielleicht für gewisse Leser nicht ohne Interesse, die Bestimmungen zweier deutschen Gesetzbücher und des französischen in dieser Materie kürzlich kennen zu lernen.

---

o) Th. II. Tit. 3. §. 29.

Die preußische Gesetzgebung p) geht in Ansehung der Verpflichtung der Parteien zur gerichtlichen Vollziehung und Verlautbarung ihrer Rechtsgeschäfte noch weiter als das gemeine Recht. Es sind von demselben folgende Geschäfte, wo die aussergerichtliche Vollziehung nicht zureicht, bezeichnet.

1) Alle Veräusserungsverträge unbeweglicher Güter; 2) alle Verträge über deren Verpfändung oder Belastung; ferner Verträge: 3) über die Verjährung; 4) wodurch ein Grundstück in Erbzins oder Erbpacht ausgethan wird; 5) über eine antichretische Pfandbestellung; 6) über die Einführung der Gütergemeinschaft unter Eheleuten, wo die Legalcommunion nicht gilt, oder über deren Ausschliessung, wo diese gilt; 7) die Errichtung von Familienstiftungen und beständigen Familien-Fideicommissen; 8) die Aussetzung eines Altentheils; 9) Vergleiche über künftige Alimente; 10) die Emancipation eines minderjährigen Sohnes; 11) die Ertheilung von Wechselcertifikaten an Wechselunfähige; 12) die Vollziehung eines Vertrags über eine mit landesherrlicher Erlaubniß geschlossene Ehe zur linken Hand; 13) Adoptiv-Verträge; 14) weibliche Bürgschaften und Intercessionen sowohl für den Ehemann als für einen Dritten; 15) die Bestellung eines Erbschatzes; 16) Verträge der Blinden und Taubstummen; 17) Erbschaftskäufe; 18) Verkäufe künftiger Sachen, wenn der Kaufpreis über 100 Rthlr. pr. Cour. beträgt, und beide Contrahenten nicht Kaufleute sind; 19) Schenkungen, welche die Kraft gerichtlicher haben sollen; 20) Testamente und Erbverträge; 21) Verträge zwischen Eheleuten in stehender Ehe, wodurch sich die Frau gesetzlicher Vermögensrechte begibt; 22) Pachtverträge

p) Vergl. allg. G. O. für die preuß. Staaten Th. II. Tit. 1.

über Landgüter, wenn der jährliche Pachtzins 200 Rthlr. übersteigt; 23) die Verträge der des Schreibens unkundigen, oder daran verhinderten, oder der Sprache des Vertrags-Instruments nicht kundigen Individuen; 24) Ehegelöbnisse vor erfolgtem Aufgebote, und Ehe- und Erbverträge vor vollzogener Ehe.

Hievon bedürfen die von 1—4. bemerkten der Vollziehung, wenigstens der Verlautbarung (Insinuation), die auf 1. selbst der Vollziehung vor dem Richter der Sache; die von 5—11. der Vollziehung vor dem ordentlichen persönlichen Richter; die unter 12. und 13. der Confirmation des Obergerichts der Provinz; die von 14—21. überhaupt nur der gerichtlichen Verlautbarung und Vollziehung; bei den drei letzten (22, 23, 24.) genügt es, wenn sie auch nur vor einem Justiz-Commissär (Advokaten), der zugleich Notar ist, vollzogen sind. Man sieht übrigens schon aus der Natur der hier der richterlichen Mitwirkung vorbehaltenen Geschäfte, daß sie nicht in gleichem Grade die amtliche Fürsorge fordern, und daß es bei einigen, wie bei num. 2, 3, 14—17, 20, 22—24. mehr auf die Gewißheit oder Wirklichkeit, als auf die rechtliche Möglichkeit der Willenserklärung ankommt, also mehr auf die Form als auf den materiellen Inhalt.

§. 40.

— II) der österreichischen.

Einfacher sind die Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuches. Nach demselben kann jeder Vertrag schriftlich oder mündlich, gerichtlich oder aussergerichtlich errichtet werden q). Ist aber sein Gegenstand das Eigen-

---

q) Allg. bürgerl. Gesetzb. für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie §. 883.

thum oder ein sonstiges Recht auf unbewegliche Güter, so wirkt der Vertrag nur einen persönlichen Anspruch an den Mitpaciscenten, also nur einen Titel zur Erwerbung eines dinglichen Rechts; dieses dingliche, auch von einem Dritten anzuerkennende Recht selbst aber wird nur durch die Eintragung (Intabulation) in die öffentlichen Grund- oder Hypothekenbücher bewirkt r). Bloß Gesellschaftsverträge, die sich nur auf das gegenwärtige oder nur auf das zukünftige Vermögen beziehen, sind ungültig, wenn das von dem einen und dem andern Theile eingebrachte Gut nicht ordentlich beschrieben und verzeichnet worden ist s). Das Nämliche gilt auch von der ehelichen Gütergemeinschaft, die überhaupt nur vermöge Vertrags bestehen kann t). Nur zur Verwandlung, Vertauschung oder Erbverpachtung eines Fideicommißgutes bedarf es der Genehmhaltung der ordentlichen Gerichtsbehörde nach vorgängiger Untersuchung der Sache u). Daß die Wirksamkeit der vormundschaftlichen Gerichte in den in ihren Geschäftskreis einschlagenden Geschäften die Parteien verpflichtet, sich dahin zu wenden, versteht sich von selbst, daher auch Adoptiv-Verträge v), Emancipationen minderjähriger Kinder w) [indem großjährige Kraft des Gesetzes aus der väterlichen Gewalt gehen, und nur mit richterlicher Bewilligung länger in derselben behalten werden können x)] und Verträge mit einem Pflegekind, wenn dessen Rechte geschmälert oder ihm besondere Verbindlichkeiten auferlegt werden sollen y), ingleichen Erbverträge pflegbefohlener Ehegatten z) der gerichtlichen Mitwirkung bedürfen.

---

r) §§. 321. 431. sqq. 1095. 1120. 1126.

s) §. 1178. t) §. 1233. u) §. 634.

v) §. 181. w) §. 174. x) §. 171. y) §. 186. z) §. 1250.

§. 41.

— III) der französischen Gesetzgebung.

Nach der französischen Gesetzgebung haben die Gerichtsstellen mit den nichtstreitigen Rechtssachen in der Regel, und was die Beurkundung (Aufnehmung der actes authentiques) also die Mitwirkung bei den Rechtsgeschäften anlangt, ohne Ausnahme nichts zu schaffen. Es sind aber hier zu unterscheiden a) diejenigen Geschäfte, die ihrer Natur nach von der privatwillkührlichen Behandlung ausgenommen sind, und b) diejenigen, welche bloß nach positiven Bestimmungen zur Gültigkeit ihrer Form der Vollziehung durch eine öffentliche Behörde bedürfen.

Auf a) Hieher gehören alle diejenigen Geschäfte, welche den bestimmten Wirkungskreis einer öffentlichen Behörde nach der französischen Gerichtsverfassung ausmachen, namentlich

1) die Führung der Register des Civilstandes a) durch die Civilstandesbeamten der Gemeinden;

2) die Führung der Hypothekenbücher durch die Hypothekenbewahrer;

3) die Geschäfte der Leitung des ganzen Vormundschaftswesens durch den von dem Friedensrichter bestell-

---

a) Civilstand oder bürgerliche Rechtsfähigkeit ist diejenige Eigenschaft einer Person, nach welcher sie der durch das bürgerliche Privatrecht bestimmten Rechte fähig ist, begründet durch Geburt, Heirath oder Tod; daher man auch mit Recht annimmt, daß von der Gewißheit dieser Ereignisse die Begründung und Bestimmung aller Rechte abhänge. Vergl. Grolman's Handbuch über den Code Napoleon (Gießen und Darmstadt 1810) 1ster Bd. 2ter Titel S. 212 ff.

ten und dirigirten Familienrath, bestehend unter jenes Vorsitze aus 6 Familiengliedern, halb von väterlicher halb von mütterlicher Verwandtschaft oder Schwägerschaft. Die Geschäfte beziehen sich auf die Leitung α) der eigentlichen Vormundschaften über Minderjährige, β) über solche, welche wegen Geisteskrankheit durch richterlichen Ausspruch (interdiction) den Unmündigen gleichgesetzt und unter Vormundschaft genommen worden sind — les interdits — also Rasende, Wahn- und Blödsinnige; γ) der Curatel über einen emancipirten Minderjährigen [b], über die Leibesfrucht einer Wittwe [c] beide (ad γ) angeordnet durch den Familienrath.

4) Das Geschäft der Versiegelung in Sterbfällen und der Wiederauffiegelung als zum Ressort des Friedensrichters gehörig; die Inventuren und Erbtheilungen gehören für das Notariatamt.

Auf b. Zu den Geschäften, welche nach gesetzlicher Vorschrift nicht von den Privaten allein verhandelt werden können, gehören

1) die Adoption, welche der Friedensrichter durch ein Erkenntniß bestätigen muß, das jedoch noch

---

b) Code civ. Art. 480.

c) Art. 393. Wann über einen Abwesenden eine Curatel anzuordnen, und wie es mit der Ausantwortung seines Vermögens zum provisorischen und definitiven Besitz an die gesetzlichen Erben nach vorgängiger Abwesenheits-Erklärung durch das Distrikts-Gericht gehalten wird, vergl. Cod. civ. Liv. I. Titre IV. Art. 735 sqq. Der Familienrath hat mit dieser Curatel nichts zu schaffen; eben so wenig mit der von dem Distrikts-Gericht über einen Verschwender angeordneten Beistandschaft (Conseil judiciaire) Art. 513 sqq.

der Confirmation des Distrikts- und hiernächst des Appellationsgerichts bedarf d);

2) die Annahme eines Pflegekindes (tutelle officieuse) durch einen Act vor dem Friedensrichter e);

3) diejenige Legitimation unehelicher Kinder, die bloß in deren Anerkennung zum Behuf des Genusses einiger Familienrechte besteht, (la reconnaissance des enfans naturels), eine Art von legitimatio minus plena. Diese Anerkennung muß entweder in der Geburtsurkunde oder in einer andern öffentlichen Urkunde geschehen f);

4) die ausdrückliche g) Entlassung aus der älterlichen Gewalt. Sie kann nur Statt finden bei Kindern über 15 Jahren; nach erlangter Großjährigkeit (21 Jahre) ist sie nicht erforderlich, weil die älterliche, so wie die vormundschaftliche Gewalt mit der Minderjährigkeit zugleich aufhört. Jene Emancipation geschieht durch eine Erklärung vor dem Friedensrichter h).

5) Die Emancipation eines minderjährigen vater- und mutterlosen Waisen aus der Vormundschaft (venia aetatis), welche übrigens nur nach erfülltem 18ten Jahr erfolgen kann, und durch eine Declaration des Friedensrichters als Vorstandes des Familienraths nach der von letzterem angestellten Prüfung der Fähigkeit des zu Entlassenden bewirkt wird i).

---

d) Cod. civ. Art. 353 sqq.

e) Art. 361 sqq.

f) Art. 334 sqq.

g) Die stillschweigende erfolgt durch Verheirathung eines Minderjährigen. Art. 476.

h) Art. 477.

i) Art. 478.

Nächstdem ist gesetzlich bestimmt, daß alle Verträge, deren Gegenstand 150 Franken im Werth übersteigt k), oder auch ohne Rücksicht auf den Betrag alle Testamente l), Vergleiche m), der antichretische Pfandvertrag n) vor einem Notar oder wenigstens schriftlich abgeschlossen werden müssen.

Vor einem Notar müssen errichtet werden:

alle Schenkungen unter Lebendigen o);

alle Eheverträge, die überhaupt nur vor der Heirath geschlossen werden können p);

die Conventionalhypotheken q).

Dadurch und vornämlich durch die gehäuftere Nothwendigkeit der schriftlichen Abschließung, selbst als Bedingung der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, wird allerdings die Gewißheit des Verkehrs befördert und manchen Prozessen, besonders über den eigentlichen Sinn der Willenserklärungen, vorgebeugt. Es ist indessen nicht zu läugnen, daß auf der andern Seite wiederum der Moralität dadurch geschadet, und ein Hauptband des bürgerlichen Vereins, der Glaube an das Wort eines ehrlichen Mannes, geschwächt wird, wenn der Gesetzgeber selbst so wenig Werth darauf zu legen scheint. Auch öffnet sich eben damit dem Betrüger (ich spreche hier aus der Erfahrung einer langjährigen richterlichen Praxis, vornämlich der Beobachtung des Verkehrs der Juden mit Christen aus den niedern Ständen), eine reichhaltige Quelle für seine Speculationen, die er gegen die ehrliche Einfalt eines Gesetz- und Geschäftsun-

---

k) Art. 1341. l) Art. 969. m) Art. 2044.

n) Art. 2085. o) Art. 931. p) Art. 1394.

q) Art. 2127.

kundigen in der Form hinkender Verträge geltend zu machen weiß. Bei einem schriftlichen Vertrage macht er nämlich dem Mitcontrahenten mündliche Nebenverspre-chungen, wohl wissend, daß sie für ihn unverbindlich sind; bei dem mündlichen Vertrag dagegen macht er sich den ihm offen stehenden Rücktritt nach Gelegenheit und Belieben zu Nutzen, während er gleichwohl mit Wahr-scheinlichkeit darauf rechnet, daß der von gleicher Zu-ständigkeit ununterrichtete oder aus Ehrlichkeit davon kei-nen Gebrauch machende Mitcontrahent ihm redlich Wort halten werde.

§. 42.

Erfordernisse des Verfahrens im Allgemeinen.

Wir haben die Geschäfte, welche zu ihrer Rechts-beständigkeit der richterlichen Concurrenz nothwendig be-dürfen, kennen gelernt. Nun soll sich mit der Art und Weise, wie diese richterliche Mitwirkung zweckmäßig sich äussert, oder wie jene Geschäfte ordnungsmäßig instruirt werden, beschäftiget werden. Es können jedoch hier nur einstweilen die Grundlinien des Ver-fahrens gezeichnet werden.

Unter der Instruction eines Rechtsge-schäfts durch den Richter versteht man

die Untersuchung factischer Verhältnisse, wiefern sie als Bedingungen der gesetzmäßigen Vollständigkeit eines Rechtsgeschäfts in subjectiver und objectiver Beziehung erscheinen, — verbunden mit der Anord-nung dessen, wodurch diesen Bedingungen genügt wird.

Diese Instruction tritt bei allen und jeden Geschäften ein, die den Gegenstand des nichtstreitigen Rechtsver-fahrens ausmachen, also auch bei den rein freiwilligen, nur mit dem aus der Natur der Sache sich von selbst

ergebenden Unterschiede, daß bei den letztern eine beschränktere Wirksamkeit des Richteramts Statt findet. Hier haben wir es zunächst nur mit gemischt freiwilligen Geschäften zu thun.

Man wird, hat man die Idee von der richterlichen Mitwirkung zu dieser Art des Verkehrs der Privaten richtig aufgefaßt, sogleich rücksichtlich der Forderungen an die gehörige Geltendmachung dieser Mitwirkung klar sehen. Es ergibt sich nämlich

I) daß in der Regel hier nur der ordentliche Richter der Person oder Sache zweckmäßig verfährt, weil es hiebei theils auf die Kenntniß von Verhältnissen ankommt, die man billiger Weise nur von ihm vollständig erwarten kann, theils auf gewisse Attribute, welche nothwendige Bedingungen der Geschäftsführung selbst sind, wie bei dem Realrichter auf den Besitz der Grundbücher.

II) Wenn die Absicht des Gesetzes erreicht werden soll, so ist es nicht genug, daß die Handlung dem Richter bloß angezeigt (vor ihm verlautbart, ad acta insinuirt) und sodann ohne weiters, also schlechthin nach der Uebereinkunft der Vertragschließenden, von ihm für gültig erkannt oder bestätigt werde. Hier würde der Richter nichts thun, als hören oder abschreiben, was ihm vorgesagt oder schriftlich übergeben wird, und die Bestätigungs-Clausel würde nur den Werth jeder andern zweck- und gedankenlos gebrauchten Formel haben. Der Richter muß daher mehr thun, er muß

a) in subjectiver und objectiver Hinsicht prüfen, sowohl die Wirklichkeit der Willensäusserung, als deren juristische Zulässigkeit, mithin Möglichkeit, also: ob das Geschäft auf die angegebene Weise wirklich zu Stande gekommen sey, und mit rechtlicher Gültigkeit zu Stande kommen konnte; er muß ferner

b) die Hindernisse der freien Verkehrsthätigkeit von den Handelnden entfernen, mithin die dahin abzielenden Anordnungen machen; endlich

c) erwarten die Parteien von ihm auch eine Erklärung, daß die Erfordernisse der Gültigkeit des Geschäfts beobachtet worden: die Bestätigung; so daß sich also hier und in ihrer Art auch in der vorhergehenden Beziehung (auf b) die Thätigkeit des Richters entscheidend äussert, nämlich durch den Ausspruch: daß zur Vollständigkeit des Geschäfts nichts mehr fehle, oder was etwa noch daran fehle, und wie diesem Mangel abzuhelfen sey.

Diese Untersuchung der Sache (causae cognitio) und der darauf gebaute Ausspruch (decretum) sind demnach wesentliche Erfordernisse der richterlichen Mitwirkung.

§. 43.

Die causae cognitio.

Die Untersuchung der Verhältnisse eines Rechtsgeschäfts sowohl in Beziehung auf die handelnden Individuen, als auf den Gegenstand und die Modalitäten der Handlung kann, wie schon §. 35. erinnert worden, nach einer zweifachen Richtung gedacht werden:

I. indem sie sich bloß auf die Wirklichkeit oder die Gewißheit einer Willenserklärung, also schlechthin auf die Erörterung der Frage beschränkt:

was ist unter den Parteien festgesetzt worden?

II. indem sie sich zugleich auf die Möglichkeit der Willenserklärung von Seiten der rechtlichen Zulässigkeit sowohl als der Zweckmäßigkeit verbreitet, also die Frage untersucht:

konnte das, was festgesetzt worden, rechtlich und zugleich nützlich für die Zwecke der Handelnden festgesetzt werden?

Wir wollen beiderlei Richtungen etwas näher betrachten.

I. In Beziehung auf die Wirklichkeit der Willenshandlung bedarf es keiner weitern Erklärung, daß der Richter, da er keine bloße Maschine ist, bei keinem Geschäfte, wo er, sey es auch nur der Beglaubigung wegen, thätig ist, sich schlechthin leidend verhalten kann. Also nicht bloß die gemischt freiwilligen, sondern auch die rein freiwilligen Rechtsgeschäfte fordern diese Art der Untersuchung. Der Richter darf nämlich auch bei den letztern nicht zugeben, daß offenbar nichtige oder wohl gar auf rechtswidrige Benachtheiligung eines Dritten abzielende Geschäfte unter seiner Autorität verhandelt, und so dem Zwecke der Bestellung des Richteramtes entgegen gehandelt werde, gesetzt auch, daß die Parteien mit voller Freiheit in Bezug auf ihre Person und den Gegenstand handelten. Bei jedem Geschäft, sey es auch nur eine simple Erklärung, ein Vertrag, der seinem Gegenstande nach überhaupt keiner gerichtlichen Vollziehung bedarf, muß also der Richter in gewisser Art eine Untersuchung anstellen, ob das Geschäft wenigstens die rechtlichen Erfordernisse habe, die zu seiner äussern oder formellen Rechtsbeständigkeit vorausgesetzt werden, damit seine Mitwirkung nicht eine leere Ceremonie sey. Er muß daher nicht nur im Allgemeinen nach der persönlichen Eigenschaft der Handelnden, ihrer Identität, ihrer Vertragsfähigkeit fragen, auch nicht bloß darnach, was ihm zur Erkennung, also richtigen Niederschreibung ihrer wahren Willensmeinung vernünftiger Weise erforderlich scheinen kann, sondern er muß überhaupt nach den Verhältnissen sich erkundigen, wodurch überall die Zulässigkeit des Geschäfts bedingt ist, und wie also Einwendungen gegen dessen

Gültigkeit beseitigt werden können, Fürsorge treffen. Wollen sich die Parteien dieses nicht gefallen lassen, wollen sie hierin einen lästigen Zwang finden; so mögen sie ihren Handel auf ihre Verantwortung allein aussergerichtlich abmachen, und die Gerichte damit verschonen.

Es darf indessen diese Untersuchung auf keine Weise die ihr durch das Verhältniß zwischen Richter und Partei von selbst bestimmten Grenzen überschreiten, und der Richter wird sich daher hüten, in Sachverhältnisse eindringen zu wollen, deren Kenntniß durch den Zweck seiner Wirksamkeit bei dieser Art von Rechtsgeschäften nicht geboten ist. Er wird also, wenn er von dem A eine Quittung für den B über 1000 fl. zum Protokoll aufnehmen soll, nächst den Erkundigungen um die persönlichen Verhältnisse des erstern, soweit sie die Zuverlässigkeit der Handlung fordert, weiter nichts thun als den A fragen: ob er wirklich die Absicht habe, zu bekennen, daß er die 1000 fl. an B nicht mehr zu fordern habe? allenfalls mit der Belehrung über die Folgen einer gerichtlichen Quittung; er wird aber nicht darnach fragen: ob ihm wirklich? dann auf welche Art? die 1000 fl. von dem B bezahlt worden, und ob es also seinem wohlverstandenen Interesse gemäß sey, zu quittiren. Denn das geht den Richter nichts an, weil er ja dem A nicht wehren könnte, den B seines Schuldverbandes quitt zu erklären, ohne einen Kreuzer von ihm erhalten zu haben. Wollte aber der A dem B nur mit Vorbehalt seiner Zuständigkeiten rücksichtlich der Forderung quittiren, oder durch ähnliche Vorbehalte, oder aus den Umständen abzunehmende Reticenzen, das Geschäft vereiteln und zweideutig machen; so würde der Richter ihn mit seiner zwecklosen und ungesetzlichen Handlung billig abweisen. Noch weniger würde er bei einer Verabredung gleich-

gültig bleiben dürfen, welche die Täuschung eines Dritten bezweckte, oder wenigstens dazu gemißbraucht werden könnte. Er würde vielmehr hier seine Autorität und Geschäftsgewandtheit zur Verhinderung der nachtheiligen Folgen geltend zu machen verpflichtet seyn. Dieß gilt namentlich von allen Scheingeschäften, weßhalb sich zwar die Contrahenten unter sich durch Reverse u. dergl. sichern, jedoch eine rechtswidrige Täuschung Dritter nicht verhindert ist. Der Verkehr muß also immer so eingerichtet seyn, daß nicht nur alle Ungewißheit und mögliche Irrung zwischen den Contrahenten selbst beseitigt wird, sondern daß auch derselbe nicht zur Verleitung eines Dritten gemißbraucht werden kann. Diese Vorsicht ist vornämlich bei allen Privativ-Novationen zu beobachten. Wird also an einer Obligation zur Verminderung ihres Gehaltes etwas verändert, so muß dieses aus dem Haupt-Instrumente für Jedermann ersichtlich seyn, und es ist nicht genug, wenn über die Novation z. B. die Veränderung in der Hypothek, die Entlassung des Bürgen ꝛc. eine besondere Urkunde zur Vergewisserung des Gläubigers und Schuldners über das veränderte Obligations-Verhältniß verfaßt wird. Denn würde ein Dritter verleitet, nach Ansicht des unveränderten Obligations-Instruments die frühere Verbindlichkeit als noch unverändert bestehend anzunehmen, so würde ihm dieß zwar in sofern nicht nachtheilig seyn, als ihm das abgetretene Recht in der angenommenen Beschaffenheit oder im schlimmsten Falle der Regreß an seinen Autor vorbehalten bliebe. Es wäre indessen offenbar unklug und verkehrt, es auf einen Prozeß ankommen zu lassen, da, wo demselben durch Beobachtung einer einfachen Cautel so leicht vorgebeugt werden kann, nämlich durch einen simpeln Vermerk auf dem novirten Obligations-Instrumente selbst. Oft möchte es aber mit der Unannehmlichkeit des Regreß-

Prozesses allein nicht einmal abgethan seyn. — Daß auch, abgesehen von der möglichen Gefährdung eines Dritten, die Contrahenten selbst in eine mißliche, wenigstens prekäre Lage versetzt werden können, wenn bei dergleichen Geschäften ohne die nöthige Behutsamkeit verfahren wird, fällt in die Augen. Dieß allein schon rechtfertigt aber den Richter, wenn er den Parteien nicht durchaus freies Spiel gestattet, ja es verpflichtet ihn sogar, besonders wenn er mit geschäftsunerfahrnen Leuten zu thun hat, in dem, was Bedingung der ordnungsmäßigen Behandlung ist, thätig einzugreifen, und ein zu indifferentes Verhalten könnte ihm leicht selbst regreßpflichtig machen.

Dieß wäre denn die eine Art der causae cognitio, wenn man sie so nennen will, sofern als sie überhaupt nur die Thätigkeit des Richters nach allgemeinen Forderungen seiner Wirksamkeit bezeichnet.

§. 44.

Fortsetzung.

II. Wenn in der Materie von den freiwilligen Gerichtshandlungen eine nothwendige causae cognitio zur Sprache kommt, so versteht man darunter diejenige Untersuchung, welche den Rechtsgeschäften gemischter Art eigenthümlich angehört, und welche zwar, wie sich von selbst versteht, auch auf die Wirklichkeit der Willenshandlung geht, jedoch zugleich und hauptsächlich die rechtliche Möglichkeit, ferner die Motive der Willensbestimmung, daher Zweckmäßigkeit oder Nützlichkeit des Geschäfts bezielt, also keineswegs bei der Frage allein stehen bleibt, was unter den Betheiligten formal gültig verhandelt und festgesetzt worden ist. Zwar ist auch hier nicht von Erörterung streitiger Thatsachen, nicht von Richtigstellung solcher Rechtsverhältnisse die Rede, worüber die Interessenten verschiedener Meinung

nung sind; und obgleich in so fern zwischen den Handlungen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, besonders von der gemischten Art, eine Aehnlichkeit Statt findet, daß es bei den letztern auf die Auseinandersetzung, zwar nicht streitiger, aber doch unausgemachter Rechtsverhältnisse ankommt; so sind und bleiben beide doch generisch verschieden. Denn auch die gemischt freiwilligen Geschäfte gehören zum Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Indessen ist bei diesen doch immer eine eigenthümliche Thätigkeit des Richters sichtbar, welche ihre Richtung von dem Grundsatze der besondern Rechtsfürsorge annimmt, die dem richterlichen Amte bei dieser Art von Geschäften gesetzlich zur Pflicht gemacht ist, und wodurch eine streitähnliche Behandlung, ein Cognosciren und Beschlußfassen, bedingt wird. Hier ist es nämlich, wo der Richter hauptsächlich mit der Erörterung sub- und objectiver Verhältnisse sich beschäftigt, von deren Beschaffenheit nicht bloß die formelle, sondern auch die materielle Gültigkeit, und zwar diese vorzugsweise, ja selbst die Zweckmäßigkeit des Geschäfts abhängt, indem er sogar in die Willensbestimmung der Betheiligten einwirkt. Es ist also hier ganz und gar nicht von derjenigen Untersuchung die Rede, welche im streitigen Prozesse vorkommt. Denn hier handelt es sich, wie gedacht, nicht sowohl um streitige, als nur um unausgemachte Angelegenheiten und um Verhältnisse, die nicht nur dem Richter nicht, die vielleicht nicht einmal den Parteien bekannt, oder von diesen wenigstens in Ansehung ihres Einflusses nicht klar erkannt sind. Eben so wenig ist von derjenigen Untersuchung hier die Rede, wovon im vorigen §. gehandelt worden. Denn es ist bei dem Vergleich über künftige Verpflegungsgelder (§. 37. nr. VIII.) noch lange nicht genug, daß in Rücksicht der persönlichen Eigenschaften der Vertragschließenden, und in Be-

ziehung auf die Gewißheit und Zuverlässigkeit der Willenserklärung alles im Reinen sey. Der Richter darf sich dabei nicht beruhigen; er muß weiter gehen und untersuchen: den Rechtsgrund des Anspruchs an dergleichen Verpflegungsgelder, — die Motive des Vergleichs, etwa in Entgegenhaltung der wahrscheinlichen Resultate, wenn über die Verbindlichkeit rechtlich erkannt würde, — die Zweckmäßigkeit, namentlich die wahrscheinliche Zulänglichkeit der vergleichsmäßigen Bewilligung für ihren Zweck, — die Modalitäten der eingegangenen Verpflichtung selbst, ob also die Alimente in terminsweisen Reichnissen abzutragen, oder durch ein Aversional-Quantum auf die Verpflichtung sich ein für alle Mal abgefunden werden solle, und was nach den Umständen für vortheilhafter anzunehmen sey, — das etwaige Interesse eines Dritten, der Armenanstalt u. s. w.

Das Ergebniß dieser Untersuchung motivirt den richterlichen Beschluß der Genehmigung oder Verwerfung des Geschäfts; also in dem gegebenen Falle:

"daß der Alimenten-Vergleich zwischen dem N.
"und N. wie er zum Protokoll vom .... aufge-
"nommen worden, seinem ganzen Inhalte nach —
"oder: mit dem Anhange (der Modification), daß
"2c. — zu bestätigen; oder: daß derselbe (aus den
"und den Gründen) zur Zeit zur richterlichen Con-
"firmation noch nicht geeignet, vielmehr zuvörderst
"noch 2c. 2c. — oder: daß derselbe, weil 2c. (ra-
"tiones rejectionis) nicht Statt habe."

Hier — bei dem auf die Causäcognition erfolgenden richterlichen Beschluß (decretum) — haben wir denn wirklich auch eine Art von Entscheidung, also fast wie im streitigen Prozeß eine Untersuchung und einen richterlichen Ausspruch. Daß und wie aber die richterliche Entscheidung im streitigen Prozesse von dem Beschluß

oder Ausspruch im Nichtstreitverfahren ihrem Gegenstand und Zweck nach wesentlich verschieden ist, braucht hier nicht erst näher erörtert zu werden.

§. 45.

Wesen und Wirkung der richterlichen Bestätigung.

Gemeinhin wird die richterliche Bestätigung nach einer bekannten Redefigur mit der Mitwirkung des Richters überhaupt, für einerlei, ein Theil der Operationen, worin sich seine Wirksamkeit äussert, für das Ganze genommen; denn die Bestätigung ist eigentlich nur Ergebniß der ganzen Thätigkeit des Richters. Deswegen wird auch nur uneigentlich gesagt: dieser oder jener Vertrag bedarf der richterlichen Bestätigung, statt: er bedarf nothwendig der richterlichen Mitwirkung; denn die Bestätigung hängt nicht von der Willkühr des Richters ab, sie ist auch nicht immer das Resultat seiner Mitwirkung, indem die causae cognitio eben sowohl die Bestätigung als die Erklärung der Unstatthaftigkeit des Geschäfts zur Folge haben kann. — Daß es hier ganz und gar nicht auf bloße Worte ankommt, ließe sich wohl zeigen, allein wir wollen uns dabei nicht aufhalten.

Was die richterliche Confirmation eigentlich zu bedeuten habe, ist mit kurzem schon §. 11. Nr. 14. gesagt worden. Der Richter gibt nach vorgängiger Untersuchung der Sache unter öffentlicher Autorität die Erklärung ab, und sie wird gewöhnlich am Schlusse der Ausfertigung der Urkunde beigefügt r): daß das Geschäft

---

r) Formel: Nachdem bei vorstehendem ꝛc. Vertrag allenthalben nichts zu erinnern gefunden worden, so wird derselbe hiermit gerichtlich bestätigt u. s. w. (Die übrigen Schlußbemerkungen).

auf eine rechtsbeständige und zweckgemäße Weise zu Stande gekommen sey. Damit ist zwar keine Gewährschaft geleistet, daß nicht das Geschäft doch in der Folge mit Wirksamkeit angefochten werden kann, zumal wenn etwa ein dabei nicht zugezogener, vielleicht nicht einmal bekannter, Dritter benachtheiligt wäre, oder Umstände zum Vorscheine kommen, die, wenn sie früher bekannt gewesen wären, die Versagung der Confirmation motivirt haben würden. Daher sind die Clauseln: **in quantum de jure — salvo jure tertii**, — in jeder Bestätigung von selbst und stillschweigends enthalten. Indessen muß die Confirmation gleichwohl immer von der Ueberzeugung ausgehen: es sey bey dem Geschäfte nichts ausser Acht gelassen worden, was zu dessen Rechtsbeständigkeit erforderlich ist; eine Ueberzeugung, zu der es der Richter allerdings bringen muß, wenn er seine Schuldigkeit thun will. Mehr als soviel kann die richterliche Bestätigung aber auch nicht bedeuten. Denn hier ist nicht von der Bewirkung eines formalen Rechts die Rede, welches unter Beobachtung der gesetzlichen Vorbedingungen der Ausspruch des Richters im streitigen Verfahren wirkt; der Zweck der Handelnden ist wirkliches Recht, dessen Entstehung besonders durch die gesetzmäßige Einwilligung aller Interessenten bedingt ist. Ein Mangel hieran wird natürlich dadurch nicht gehoben, daß ihn der confirmirende Richter nicht sieht, und darum erklärt: es sey kein Mangel vorhanden, d. h. daß er das, das Recht begründen sollende Geschäft bestätigt; dieses bleibt der Bestätigung ungeachtet, wie es ist. Daher der bekannte Rechtssatz: **confirmatio nihil novi dat, sed quod adest tantum corroborat.** Sowie aber jede formrichtige Handlung des Richters die Vermuthung der Gesetzmäßigkeit wirkt, bis das Gegentheil dargethan ist, so wird auch aus der Bestätigung eines Rechtsgeschäfts vermuthet, daß das-

selbe den gesetzlichen Erfordernissen gemäß zu Stande gekommen sey s).

Gewöhnlich werden bei Ertheilung der richterlichen Bestätigung die vorhin bemerkten Clauseln angehängt: **in quantum de jure — salvo jure tertii**, und die s. g. salvatorische Clausel: "die Confirmation solle dem "Richter seinen Erben und Amtsnachfolgern an ihren "Rechten unschädlich seyn" t). Sie sind sammt und sonders unnütz und zwecklos. Erstere beide verstehen sich von selbst, ihr Ausdruck ist also überflüssig; die letzte ist aber vollends ungereimt. Die Amtsnachfolger haben die Handlungen ihres Vorgängers ohnehin nicht zu vertreten, und was den confirmirenden Richter selbst betrifft, so wird niemand zweifeln, daß derselbe sich und seine Erben von einer ihm zur Vertretung obliegenden Handlung oder Unterlassung durch eine einseitige Verwahrung so bequem nicht losmachen kann.

Wenn ich bei dem Auftragen der Grundlinien der Untersuchung der Sache (§. 42 ff.) etwas verweilt habe, so mag zu meiner Rechtfertigung dienen, daß ich damit zugleich die Hauptrichtung aller richterlichen Thätigkeit in dem ganzen nichtstreitigen Verfahren angegeben habe. Der Richter, der es hier versieht, entweder zu oberflächlich oder mit zweckwidriger Verwendung verfährt, weil er von den Pflichten und Befugnissen seines Amtes keine richtigen Vorstellungen hat, wird ein schlechtes Werk liefern, wenn es auch nach seiner äussern Form die Probe besteht. Dem Einkindschaftsvertrage wird man es von aussen nicht ansehen, wenn auch der Richter seine Schuldigkeit nicht gethan hat; aber

---

s) c. 6. X. de renunc. (I, 9.)

t) (von Trützschler's) Anweis. zu rechtl. Aufsätzen I. S. 18. (der IV. Ausg.)

die Folgen werden es lehren, daß er sie nicht gethan hat, — leider zu spät!

§. 46.

Vermeintlich weitere Erfordernisse.

Zur Rechtsbeständigkeit der gemischt freiwilligen Rechtsgeschäfte ist demnach erforderlich:

I. daß sie vor dem ordentlichen Richter,

II. mit causae cognitio verhandelt werden. — Was etwa weiter noch als Erforderniß angegeben wird, ist entweder nur zufällig, oder allen Rechtsgeschäften gemein. Es wird nämlich weiter hieher gerechnet u):

III. daß diese Geschäfte nur an Gerichtstagen,

IV. an gewöhnlicher Gerichtsstätte vor sich gehen könnten und

V. daß der Richter, wenn er selbst dabei betheiligt sey, sich seines Amts enthalten müsse, welche Forderungen bei den rein freiwilligen Geschäften sämmtlich nicht zuträfen. — Allein die Praxis weiß von diesen in der Eigenthümlichkeit der römischen Gerichtsverfassung ihren Grund habenden Beschränkungen nichts, wie nun kürzlich gezeigt werden soll.

§. 47.

Es gilt keine Beschränkung in Ansehung der Zeit oder des Orts.

Man kann zwar annehmen, daß die Geschäfte der gemischt freiwilligen Gerichtsbarkeit nur ausnahmsweise von der Art seyn können, daß bei ihrer Vornahme Gefahr auf dem Verzuge hafte, und daß es daher dringend werden könnte, sie an Sonn-, Fest- oder Feier-

---

u) Hellfeld jurispr. for. §. 194.

tagen zur Instruction zu ziehen. Wäre es aber auch, so würde dieß ihrer Gültigkeit eben so wenig schaden, als es nach der Lehre des Evangeliums eine Entheiligung des Sabbaths ist, an demselben den in den Brunnen gefallenen Esel herauszuziehen. Was aber die Werktage anlangt, so sind zwar ordentlicher Weise bei jedem Gericht gewisse Gerichtstage bestimmt, in welchen, der bessern Ordnung wegen und zur Abhaltung von Störungen, bestimmte Geschäfte allein vorgenommen werden. Dieß hindert aber nicht, daß nicht je nach den Umständen jeder Wochentag Gerichtstag seyn könnte. Ja so fern als die Gerichte nicht durch andere bereits festgesetzte Termine abgehalten sind, fordert es schon die Humanität, auch solche Parteien, die nicht bestellt worden sind, zumal wenn sie zum Gerichtssitze etwa weit zu reisen haben, mit ihrem Anliegen zu hören, und falls sie gehörig vorbereitet sind, ihr Geschäft zu behandeln.

Was den Ort anlangt, so können diese Geschäfte oft nicht einmal an gewöhnlicher Gerichtsstätte vorgenommen werden. Man denke sich nur eine Vermögenssonderung zwischen Aeltern und Kindern, die mit einer Abschätzung verbunden ist, also nothwendig an dem Orte der gelegenen Sache vor sich gehen muß; ferner eine Nachlaß-Inventur. Solite der dort mit vorkommende Einkindschaftsvertrag, oder hier die Bestellung der Vormundschaft darum von dem Act abgesondert und an gewöhnlicher Gerichtsstätte behandelt werden, weil diese Geschäfte zu den gemischten gehören? Natürlich verfügt sich nicht das ganze Gericht, wenn es zumal ein Collegium ist, in das Sterbehaus; es schickt einen Deputirten mit einem Actuar ab, der denn von dem, was er verhandelt hat, dem Collegium Bericht erstattet, und dessen Schlußfassung das Weitere überläßt, was selbst an dem Orte, wo das Gericht seinen Sitz hat, also

beobachtet wird. Denn auch hier erfolgt, wenigstens bei Gerichten mit collegialer Verfassung, die Instruction des Geschäfts durch eine Deputation. Immer jedoch beschränkt sich die Wirksamkeit des Richters in Ansehung aller und jeder Geschäfte, die er als solcher vornimmt, auf seinen Gerichtssprengel, ausser welchem er als bloßer Privatmann anzusehen ist, mithin nichtig verfährt, wenn er eine richterliche Handlung vornimmt. Ausgenommen ist, wie sich von selbst versteht, der Fall, da einem Richter in dem Bezirk eines andern von der gemeinschaftlichen Oberbehörde ein Geschäft commissionsweise aufgetragen wird, da er alsdann kraft der Delegation competent ist. Uebrigens kann selbst die ausdrückliche Einwilligung des competenten Richters den unzuständigen nicht berechtigen, in dem fremden Sprengel ein Geschäft vorzunehmen, wenn nicht der gemeinschaftliche Oberrichter einwilligt. Von dem Falle, da dringender Umstände wegen eine dergleichen Grenzüberschreitungen gerechtfertigt werden kann, und wie hierbei zu verfahren, wird in der Folge die Rede seyn.

§. 48.

Etwas über Schicklichkeit des Orts zu gerichtlichen Handlungen.

Was im übrigen den Ort des vorzunehmenden Geschäfts selbst, abgesehen von seiner Lage im Gerichtssprengel, bloß in Beziehung auf seine Tauglichkeit an sich anlangt, so ist es ganz und gar nicht gleichgültig, wo sich die Richteramtsperson mit ihrem Actuar niederlassen will, um ein Geschäft vorzunehmen. Hier gilt die Regel nicht: ubi judex ibi judicium, und ein, wenn gleich sonst mit aller Feierlichkeit, in einer Maltzenne abgenommener Eid wird wenigstens in dem Schwörenden, wenn er anders Sinn für Schicklichkeit und äussere Würde hat, einen störenden Eindruck verursa-

chen und eine widerliche Erinnerung an die an einem so unpassenden Ort erfolgte Feierlichkeit zurücklassen. Es muß aber nächst dem äussern Anstand auch auf die Entfernung alles dessen, was das Geschäft stören kann, Rücksicht genommen werden. Eine mit Zechgästen angefüllte Trinkstube ist durchaus kein passender Ort zur Vornahme eines gerichtlichen Acts, und aus dem Tanzboden, wo die ausgelassene Fröhlichkeit roher Bauern sich tummelt, wird so manches in das anstoßende Zimmer dringen, wo der Richter vielleicht mit einem Acte beschäftigt ist, bei dem er auf eine ruhige und ernste Gemüthsstimmung der Parteien rechnen muß. Man würde alles dieß nicht erinnern, wenn man nicht aus Erfahrung wüßte, wie oft in der Praxis von Localcommissarien hier gegen die Forderungen des Schicklichen und der äussern Würde einer Gerichtshandlung verstoßen wird, die immer das Gepräge des Feierlichen an sich tragen, und so nicht nur dem rohsinnlichen Menschen imponiren, sondern auch in dem gebildetern wenigstens kein Aergerniß erregen soll. Wir deutschen Richter (ich rede hier zunächst und vornämlich von gewissen Unterrichtern, die im Qualme von Amtsstuben Asträens Dienst verrichten) hätten in Beziehung auf äussere anständige Haltung bei den gerichtlichen Geschäften noch gar manches von unsern Nachbarn jenseits des Rheins zu lernen v). Aber wir thun uns noch viel zu viel auf unsere angestammte Amtswürde zu gute, als daß wir uns bequemten, unserer Gemüthlichkeit, vielmehr einer gewissen behaglichen Philisterei, irgend Zwang anzuthun. Wollen wir es also auch dem sinnlichen Menschen nicht übel nehmen, wenn er etwa nach Gelegenheit einmal die Legitimität unserer Stellen und die Sanctität unse-

v) Freilich gibt es auch da Ausnahmen. Vergl. v. Feuerbach über die Gerichtsverfass. ꝛc. Frankreichs. S. 39.

rer Gerichtsstuben vergißt, wo so vieles ihn an eine Werkstätte oder wohl gar an eine Tabagie, und so weniges an einen Tempel der Gerechtigkeit erinnert!

§. 49.

Niemals kann der Richter in eigener Sache sein Amt verwalten.

Ganz grundlos ist die Vorstellung, als ob der Richter in eigener Sache nur keine gemischt, wohl aber rein freiwillige Rechtsgeschäfte vor sich verhandeln lassen könne. Man kommt bei dieser Vorstellung mit den ersten Begriffen von dem Richteramt und seinen Erfordernissen in Widerspruch. Kein Geschäft, wie es auch Namen haben mag w), kann der Richter als solcher in eigener, oder was eben soviel ist, in der Seinigen Sache gültig vornehmen, wenigstens nach unserer Gerichtsverfassung nicht. Der Zweck der richterlichen Mitwirkung ist Legalität und Glaubwürdigkeit der Handlung, und der nämliche Mann, der als glaubhafter Zeuge hier nicht auftreten könnte, sollte doch als Richter sein Amt verwalten können? — Er würde also nicht nur nichtig handeln, sondern nach Befinden der Umstände auch wegen Mißbrauchs seiner Amtsgewalt gestraft werden, sey es auch nur darum, daß er Denjenigen, der mit ihm contrahirt und aus Mangel eigener Rechtsgeschäftskenntniß auf ihn sich verlassen hat, irre geleitet hätte. Nimmt man auch an, daß das Geschäft von der Art ist, daß der Richter sich nur Verpflichtungen auflädet, z. B. eine Bürgschaftsverschreibung, Quit-

---

w) Vergl. jedoch Thibaut Pand. Recht §. 1275. u. Mühlenbruch Entw. des Civ. Prozesses (Halle 1827.) §. 20. S. 16. — Auch hier liegt wohl der Grund des Dissenses in den auf uns nicht mehr anwendbaren Verhältnissen der röm. Gerichtsverfassung.

tung u. d. gl. so fühlt man, hinweggesehen auch über Unschicklichkeit und möglichen Mißbrauch, bei einigem Nachdenken über das Wesen der Sache selbst, daß auch hier der Richter nicht handeln kann, weil von zwei zu dem Geschäft wesentlich erforderlichen Personen: Partei und Richter, (diejenige, welche sich verbindlich erklärt und diejenige, vor welcher die Erklärung geschieht) nothwendig eine fehlen würde. Was der Richter also hier in eigener Sache handelt, thut er als Privatperson; und macht er glauben, daß es ein gerichtliches Geschäft sey, so handelt er entweder aus Unwissenheit oder betrügerisch. Da indessen Fälle vorkommen können, daß der Richter in eigener Sache vor seinem Gerichte handeln muß z. B. er macht einem seiner Gerichtseingesessenen ein Darlehen, wofür er sich eine gerichtliche Hypothek bestellen lassen will; so ist hiebei auf folgende Art zu verfahren. Besteht das Gericht aus mehreren zu richterlichen Handlungen geeigneten Personen, so muß er, indem er sich seines Amts gänzlich enthält, das Geschäft einem andern Gerichtsmitgliede überlassen und lediglich als Partei auftreten. Ist aber das Gericht nur mit einer einzigen richteramtlichen Person besetzt, die er selbst ist, so muß er den Fall seinem vorgesetzten Obergericht anzeigen, damit dieses die Sache einem Commissarius aus dessen Mitte oder einem andern Untergericht überträgt.

§. 50.

Einige Regeln für das Verhalten des Richters.

Ich kann dieses Kapitel nicht schließen, ohne vorher noch einige allgemeine Regeln des richterlichen Verhaltens bei diesem Zweige der Rechtspflege besonders Anfängern zur Beherzigung zu empfehlen. Es sind folgende:

1) Man lasse es sich vor allen angelegen seyn, die rechtlichen Interessen aller Theilnehmer eines Rechtsgeschäfts ohne Vorliebe und einseitige Zuneigung, mit gleicher Wärme zu umfassen. Was auch sonst in dem Betragen des Einen oder des Andern unsere Unbefangenheit auf die Probe stellen, vielleicht einen gerechten Widerwillen reitzen mag, wir sollen lernen über dem Richter den Menschen vergessen. Gälte es auch dem Armen, dem Bedrängten gegenüber einem unbilligen Reichen, gegenüber dem hartherzigen Wucherer, wir müssen, da der Zweck die Mittel nicht heiligt, unserer, selbst aus reiner Quelle entspringenden, Leidenschaft Gewalt anthun; wir müssen für den Zweck der Unterdrückung der Ungebühr offen in die Schranken treten, und nimmer würde es entschuldigt werden können, wollten wir mittelst verstohlener Cautelen Hinterlist durch Hinterlist abwenden.

2) Aber man meide auch sogar jeden Schein einseitiger Begünstigung. Leicht ist es, zumal bei gewissen kurzsichtigen oder argwöhnischen Parteien, diesem Scheine sich auszusetzen und dadurch seiner Wirksamkeit zu schaden. Oft können an sich unschuldige Handlungen Anstoß verursachen. Ein vielleicht zufälliger freundlicher Blick, eine Höflichkeitsbezeigung, eine vor oder nach der Vornahme des Geschäfts der einen Partei in einer ganz andern Sache verstattete Privatunterredung — haben oft schon den argwöhnischen andern Theil um Vertrauen und Ruhe gebracht. Man verschmähe es also auch dießfalls nicht, die Regeln der Behutsamkeit zu befolgen. Denn daß wir nur uns selbst nichts Böses bewußt sind, ist nicht genug; besonders im öffentlichen Amte muß uns das Urtheil Anderer nicht gleichgültig seyn.

3) Daß der Richter auch das Interesse Dritter bei

der Verhandlung wahrnehmen müsse, dieß fordert schon die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts, also der wohlverstandene Vortheil der Handelnden selbst.

4) Die Einziehung einer vollständigen Information über alle Verhältnisse und einwirkende Umstände des Rechtsgeschäfts in sub- und objectiver Beziehung ist eine wesentliche Bedingung der zweckmäßigen Wirksamkeit des Richters. Er lasse sich also hier keine Mühe verdrießen, aus allen ihm nur immer zu Gebote stehenden Quellen: Akten, von den Parteien mit zur Stelle gebrachten Papieren, oder etwa schon entworfenen Punctationen zu schöpfen. Besonders zweckfördernd ist eine sorgfältige Unterredung mit den Parteien selbst, über die eigentliche Beschaffenheit des Geschäfts, ihre wahre Willensmeinung und Absichten.

5) Auch die Beweggründe der Willenserklärung sind daher ein Gegenstand bescheidener Erkundigung, zumal wenn sich auf einer oder der andern Seite ein merkliches Uebergewicht von Vortheilen oder Nachtheilen zeigt, oder das Geschäft ungewöhnliche Modalitäten und Eigenheiten hat. Aber bescheidene Wißbegierde aus Liebe zur Wahrheit und Gründlichkeit, nicht unziemliche Neugierde muß dabei unser Benehmen leiten.

6) Noch mehr aber hüte sich der Richter durch eine ungeeignete oder doch ungemessene Fürsorge eine Partei selbst auf unnöthige Bedenklichkeiten zu bringen und so vielleicht in ihrem wohlerwogenen Entschlusse wankend zu machen. Was auch er, der Richter, immerhin an der Stelle der Partei gethan haben würde, — diese hat kein Gesetz für den Gebrauch ihrer rechtlichen Freiheit, als ihre eigene freie Ueberzeugung. Nur zu leicht kann selbst das Belehren in ein Uebermaß ausarten, wenn es über seine gemessenen Grenzen: Bewir-

kung einer genügenden Einsicht in die gesetzlichen Bestimmungen von dem Wesen und den Folgen einer Willenshandlung, ausschweift und in das Gebiet der Klugheitsregeln sich verirrt, mit andern Worten: wenn der Richter statt Grundsätzen überhaupt, seine Maximen im Handeln den Betheiligten als Spiegel vorhält. Die Thätigkeit desselben soll in der Regel mehr dahin gerichtet seyn, über die Willenserklärung, so weit sie ihm zweifelhaft erscheint, und über die Gründe der Willensbestimmung, so weit es zur Hebung der Zweifel über die Erklärung nothwendig ist, sich belehren zu lassen, weniger aber dahin, selbst zu belehren.

7) Um die eigentliche Willensmeinung der Interessenten deutlich zu erkennen, ist, besonders bei gewissen Volksclassen, Kenntniß ihrer Art, Sitte und Sprache, und wo es auf technische Gegenstände ankommt, einige Bekanntschaft mit diesen erforderlich. So wird der Richter, der immer nur das Leben und Treiben in Städten beobachtet hat, eine Gemeinheitstheilung oder einen Vergleich über eine ländliche Dienstbarkeit nicht ohne Besorgniß von Auslassungen, oder von mangelhaften und schielenden Festsetzungen aufnehmen, und der Justizamtmann, der seine ganze Lebenszeit auf dem Lande zugebracht hat, wird sich sehr unbehülflich anstellen, wenn er bei der Errichtung eines Handlungs-Societätsvertrags wirken soll. Jener wie dieser wird, da es ihm in dem fremden Elemente nothwendig an der freien Bewegung fehlt, weder zweckmäßig fragen, noch weniger die Festsetzungen der Interessenten bündig und mit sach- und kunstgerechter Präcision niederschreiben. In einer solchen Verlegenheit, wenn sie doch eintreten sollte, bleiben nur zwei nothdürftige Auswege übrig: entweder Sachverständige beizuziehen, oder dafür zu sorgen, daß die Parteien einen vollständigen aussergerichtlichen Ver-

trag einreichen, den man sodann nach erfolgter Prüfung und Anerkennung in das gerichtliche Protokoll überträgt. Freilich wird auf diese Weise der Zweck der richterlichen Mitwirkung nur halb erreicht, und es liegt hierin Aufforderung genug für den Rechtsgeschäftsmann, seine Kenntnisse und Erfahrungen auch auser seinem eigentlichen Fache, soviel es seyn kann, zu erweitern, und dadurch allmählich jener glücklichen Vielseitigkeit des practischen Wissens sich zu nähern, welche eigentlich den rechten Geschäftsmann bezeichnet.

8) Die Hauptrichtung der richterlichen Wirksamkeit muß dahin gehen, künftigen Irrungen und Streitigkeiten aus Anlaß gesetzwidriger oder auch mangelhafter Festsetzungen vorzubeugen. Hier kann der erst (n. 7.) gerügte Mangel an besonderer Erfahrung dem Richter sehr hinderlich werden. Noch mehr aber wird die richterliche Mitwirkung ihren Zweck verfehlen, wenn der Richter nicht gründliche Rechtstheorie mit Scharfsinn und practischer Erfahrung verbindet. Jene lehrt ihn die Hindernisse der rechtlichen Möglichkeit des Geschäfts; sein Scharfsinn und seine Geschäftserfahrung zeigen ihm die Wirkungen, die dasselbe in Ansehung des Rechtszustandes der Interessenten hervorbringt, die Gefahren vor den Klippen und Untiefen der Chicane und Verdrehung, und wie er durch Bündigkeit in der Fassung des Instruments jenen Gefahren auszuweichen habe. Es ist also nicht genug, daß er bestimmt weiß, was die Willkühr der Parteien beschlossen hat, und daß dieser Beschluß rechtlich möglich sey; derselbe muß auch gegen alle einseitigen Abänderungen unerschütterlich festgestellt werden. Daß hier nichts fehle, das erwartet man zunächst von ihm, als Sachverständigen.

9) Auch die Anwendung zweckmäßiger Cautelen gehört zur Haltbarkeit des Ganzen. Eine der ersten all-

gemeinen Cautelen ist, daß durch die Uebereinkunft der Parteien festgesetzt werde, was gesetzlich gar nicht oder zweifelhaft bestimmt ist. Das jus controversum muß uns also in jeder Materie gegenwärtig seyn. Eben so muß man auf die Fassung derjenigen Punkte seine ungetheilte Aufmerksamkeit richten, von welchen uns die Erfahrung sagt, daß darüber am ersten Irrungen unter den Betheiligten entstehen. In jener wie in dieser Beziehung ist es daher sehr zweckmäßig und bequem, wenn man sich gedruckter Formularien bedient, worin die wesentlichsten Erkundigungen fragweise ausgedrückt sind x).

10) Aber man lasse bei der Anwendung von Cautelen nicht ausser Acht, was oben schon (nr. 1.) gesagt worden. Dem Richter, der mit geschäfts- und rechtsunkundigen Personen doch in der Regel zu thun hat, ist hier eine gefährliche Gewalt anvertraut, wenn er sie mißbrauchen will. Durch ein Wort, eine Wendung, eine unmerklich eingeschobene Clausel kann er sich zum Herrn über Anderer Eigenthum und Rechte machen. Es muß daher bei der Anwendung von Cautelen die strengste Legalität unser Führer seyn. Keine einseitige Begünstigung darf dem einen Theile Vortheile zuwenden, die der andere nicht eingeräumt hat. Ueberhaupt darf in einem Instrumente, das Norm für Rechte und Verbindlichkeiten seyn soll, durchaus nichts enthalten seyn, wovon nicht jeder Betheiligte Sinn, Umfang und Folgen deutlich erkannt, und so nach rechtlicher Freiheit den kleinsten Theil wie das Ganze zum Gesetz über sich gemacht hat. Beschwere also der Richter hier sein Gewissen nicht!

11) Es

---

x) So bediene ich mich z. B. bei Kaufverträgen des Formulars, welches hinten Beilage sub Lit. A. beigedruckt ist.

11) Es scheint, daß eben in dem Grade, in welchem die Gesetze gewisse Formen und Verkehrs-Modificationen zum Besten Rechts- und Geschäftsunerfahrner für nöthig erachtet haben, von Seiten dieser an der Nothwendigkeit derselben gezweifelt wird. "Das wird "ja wohl nicht nöthig seyn; dieß ist wohl nur eine "überflüssige Formalität" u. s. w. Diese und ähnliche Einwendungen werden häufig nicht bloß von gemeinen Bürgern und Bauern, sondern auch von Personen gemacht, denen man sonst mehr Einsichten zutrauen darf. Wenn man bedenkt, daß zwei nicht unwichtige Umstände: Zeitverlust und Kostenaufwand, gewöhnlich eintreten, wenn der Richter dieses oder jenes Erforderniß defectirt; so kann man es freilich den Parteien so übel nicht nehmen, wenn sie Gegenvorstellungen machen, zumal da wirklich manche Gerichte aus übertriebener Sorgfalt, und nicht selten aus Mangel an der Unterscheidungsgabe zwischen dem Wesentlichen und Zufälligen, ihre Forderungen übertreiben. Ist der Richter seiner Sache gewiß, so wird er sich durch die einseitigen Vorstellungen der Parteien, und durch Betrachtungen von dem, was bloß ihrer Bequemlichkeit zusagt, nicht irre machen lassen. Er wird die Bedenklichkeiten durch sachgemäße Belehrung zu entfernen suchen; am kräftigsten wird er durch gegebene Beispiele lehren und besonders durch die Vorstellung, daß und wie ihr eigenes Bestes dabei auf dem Spiele stehe, die Interessenten mit den ihnen lästigen Formen aussöhnen; im übrigen wird er seinen Gang gehen. Aber man muß auch die Parteien nicht ohne Noth quälen. Manche Formalität, mancher Nachweis, manche Ergänzung kann gut und nützlich seyn, wenn sie leicht zu bewirken ist, ohne darum absolut nothwendig zu seyn. So wird mancher Defect z. B. an einer mühseligen Legitimation zur Sache, an einer unvollständigen Quittung ꝛc. bei näherer Be-

trachtung des Wesens der Sache entweder sofort unerheblich erscheinen, oder auch durch sorgsame Umsicht des Richters in seinen Acten, durch das Verhältniß der Notorietät u. d. gl. auf kürzerem Wege beseitigt werden können. Gerade die seicht gelehrten Richter machen die meisten Ausstellungen, weil sie ihrer Sache nicht gewiß sind, und im Zweifel lieber nach dem zweideutigen Prinzip sich achten: das Ueberflüssige schade nicht. — Wer wird z. B., wenn es der Anerkennung einer alten Quittung gilt, die nur von den zerstreuten Erben des Ausstellers mit lästigen Legitimationen zur Sache zu bewirken wäre, noch viele Weitläufigkeiten machen, sobald erhellt, daß die Schuld, wenn sie auch nicht abgetragen worden seyn sollte, durch Extinctiv-Verjährung erloschen wäre? Vielen Defecten kann auch dadurch abgeholfen werden, daß den Parteien die Verantwortlichkeit unter den geeigneten Modificationen zugeschrieben und dabei zugleich Vorsehung getroffen wird, daß ein Dritter durch einen dergleichen mangelhaften Verkehr nicht getäuscht werden kann.

Der Richter verfahre mit Ordnung und Gründlichkeit, und lasse sich nicht ohne Noth weichherzig und nachgiebig finden, wo nur die Bequemlichkeit kurzsichtiger Parteien ihm Schwierigkeiten in den Weg legt. Aber er sey auch kein unnöthiger Zweifler und kümmerlicher Kleinigkeitskrämer, der nur sich und andere quält, kein engherziger Egoist, der überall nur auf seine höchstmögliche Sicherheit und Deckung Rücksicht nimmt, unbekümmert um das Schicksal der trostlosen Sollicitanten, die unter solchen Umtrieben vielleicht oft bis zur Verzweiflung gebracht werden! y)

---

y) Ich habe einen Justizamtmann gekannt, (er ist zum Glück für seine und seiner Amtsanbefohlenen Ruhe nun zu den

12) Der Richter wird nicht nur in dem erst berührten Verhältnisse willfährige Folgsamkeit finden, sondern überhaupt für seine zweckmäßige Wirksamkeit viel gewonnen haben, wenn er sich das Vertrauen der Parteien zu eigen gemacht hat. Dazu ist aber der Ruf unbescholtener Rechtschaffenheit und Unparteilichkeit allein nicht zureichend; man will auch von seinen Einsichten und seiner Geschäftsgewandtheit die Ueberzeugung haben. Selbst dem Bauer ist es nicht genug, daß es der ihm vorgesetzte Beamte bloß ehrlich mit ihm meint; er erwartet noch etwas mehr von dem Manne, dem er die Besorgung seiner wichtigsten Angelegenheiten anvertraut, und nach der bestehenden Einrichtung ohne Wahl anvertrauen muß. Daß der Richter übrigens auch durch sein äusseres gefälliges und zuvorkommendes Betragen, durch Reinheit der Sitten in jeder Beziehung, und durch Würde und Anstand bei der Geschäftspflege sich Achtung und Zuneigung, und auch damit jenes Vertrauen erwerben müsse, braucht wohl keiner besondern Erinnerung.

13) Um die erforderliche Geschäftsgewandtheit sich zu eigen zu machen, versäume der Anfänger vornämlich das Lesen der Acten und die Benutzung guter Formularien nicht. Zwar sind nicht alle Acten gut geschrieben,

---

Vätern versammelt!) der vor lauter ängstlicher Pünktlichkeit Darlehens-, Hypothek- und ähnliche Verschreibungen, von deren prompter Ausfertigung oft seiner creditbedürftigen Gerichtsuntergebenen ganze bürgerliche Existenz abhing, zu Bergen anschwellen ließ, weil er sich scheute, durch deren Bestätigung und Ausfertigung ihnen die Vollendung zu geben. Er hätte mit dieser indolenten Maxime eigentlich die Regreßklagen sich zuziehen sollen, die er vermeiden wollte; er würde es auch, wenn leider nicht das Nichtsthun der Regreßnahme mehrere Schwierigkeiten entgegensetzte, als das Thun.

also auch nicht musterhaft; aber in einer angefüllten Registratur hat man ja die Wahl. Der Leser der Acten gewinnt auf jeden Fall dadurch, daß er seine Erfahrungen in materieller und formeller Hinsicht erweitert, die Manipulationen des Geschäftsganges kennen lernt, und sich, so zu reden, an geschäftsmäßiges Denken gewöhnt. Nur aus Acten wird er mit einer Menge kleiner Handgriffe und Einzelheiten der Behandlung sich vertraut machen, die ohne die Anschauung ihm unbekannt geblieben, oder in einer andern Gestalt von ihm sich vorgestellt worden wären, z. B. die äussere Form eines Inventariums, einer Rechnung, eines Cassen-Extractes ꝛc. Die geschriebenen Acten enthalten übrigens wirklich geschehene Sachen und sind schon in sofern anziehender als bloße Formularien oder gedruckte Acten, die doch mehr nach Willkühr componirt sind, und bei dem Zweifel, ob sich auch der vorgetragene Fall mit allen seinen Haupt- und Nebenumständen im wirklichen Leben wirklich so und nicht anders zugetragen, also bei dem Bedenken gegen die Wahrscheinlichkeit auch großen Theils das Interesse verlieren. Was die Formularien anlangt, so ist deren Gebrauch nicht unbedingt räthlich, sondern nur mit sorgfältiger Prüfung und Auswahl. Sie müssen uns mehr zum Spiegel oder zur Controle bei unsern eigenen Arbeiten dienen; wir müssen weniger davon zur sclavischen Nachahmung uns absehen, als sie zur Probe gegen Auslassungen anwenden. So kann z. B. ein gutes Formular eines Pachtcontracts über ein Landgut mit den Anschlägen dem minder Geübten recht nützlich werden. Er wird davon Anlaß nehmen, über manche ihm vielleicht neue Gegenstände der Feldwirthschaft von Sachverständiger Belehrung zu suchen, und dann auf jeden Fall mit mehr Selbstvertrauen selbst Hand an die Aufnahme eines dergleichen Geschäfts legen. Aber es werden, da

dieß selbst dem ältern Practiker begegnet, dem Anfänger natürlich noch häufiger Fälle vorkommen, wo er sich weder aus Acten noch aus Formularbüchern Raths erhohlen kann. Ist er indessen nicht ganz Neuling, so wird ihm eine aufmerksame Betrachtung des Wesens und Zweckes des vorliegenden Geschäfts mit Hülfe der Analogie sicher aus der Verlegenheit helfen. (§. 27. n. 3.)

Endlich glaube ich nicht, daß mich der Vorwurf der Schwärmerei oder eines unzeitigen Moralisirens treffen wird, wenn ich den angehenden Richter zum Schluß erinnere,

14) daß er sich in Zeiten vor zwei gefährlichen Krankheiten des Practikers zu verwahren suche; vor dem Schlendrian und dem Geschäftsüberdruß. Wer es sich zur Gewohnheit macht, die Geschäfte nur nach einem vom Herkommen bestimmten Gang gedankenlos fortzutreiben, in dem wird für die Entwickelung des höhern geistigen Lebens und für dessen fruchtbare Anwendung sicher bald wenig zu finden seyn. Noch bedenklicher ist die zweite Krankheit; denn während der Schlendrianist doch wenigstens noch handwerksmäßig fortarbeitet, fördert Geschäftsüberdruß nicht nur nichts Gutes, sondern wirkt sogar Schlechtes; erzeugt Uebereilung und Hudelei und jene unselige Sucht, nur fertig zu werden, und das lästige Geschäft, gleichgültig wie, sich vom Halse zu schaffen. Wie gefährlich, gerade hier, wo so vieles Einem ohne Aufsicht und Controle überlassen ist, und Fehler der Uebereilung oft nicht mehr gut zu machen sind! — Das wirksamste Verwahrungsmittel dagegen ist dem Richter — sein Gewissen bei der Betrachtung der Wichtigkeit dessen, was hier seiner Verwaltung anvertraut ist und des hohen Zweckes seiner Thätigkeit. Einladend oder abschreckend, anziehend und unterhaltend oder langweilig und verdrießlich — dar-

auf kann hier ganz und gar nichts ankommen. Aber sollte denn die Ueberzeugung von der in jedem Falle sich neu zu erwerbenden Verdienstlichkeit nicht schon für sich Liebe zur Sache erzeugen? Denke man sich überdieß die Mannigfaltigkeit der hier vorkommenden Gegenstände, das Treiben der Menschen in so abwechselnden Situationen und Richtungen des Verkehrs; — sollte die Gelegenheit, hier nicht zu beobachten allein, sondern selbst mitzuwirken, selbstthätig zu seyn für die Verschmelzung feindselig sich berührender Interessen in ein Ganzes, sollte dieß alles nichts Anziehendes haben? Und — mag auch der Richter in streitigen Fällen immer mehr Gelegenheit haben, mit seinen Talenten und seiner Wissenschaft zu glänzen; unbemerkter zwar, aber größer ist das Verdienst, das er sich im nichtstreitigen Verfahren bereitet, denn hier hat ihm die Regierung mehr anvertraut, als dort; verborgener aber dauernder ist sein Verdienst, denn die Saat, die er hier ausstreut, wird sein Gedächtniß im dankbaren Andenken ganzer Familien und Gemeinheiten erhalten, wenn seine Verdienste als geschickter Instruent und gelehrter Urtheilsfasser mit den Acten, die davon allein zeugen, längst im Staube der Registraturen begraben sind.

§. 51.

Uebersicht der folgenden Abhandlung.

Nachdem bis jetzt von den allgemeinsten Wahrheiten über die Tendenz und Modalitäten der richterlichen Geschäftsführung bei den Handlungen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit die Rede war, sollen nun die nothwendigen Erfordernisse der ordnungsmäßigen Instruction eines Rechtsgeschäfts näher betrachtet werden.

Hieher gehört denn, daß das Gericht zum Gegenstande seiner Prüfung mache:

1) vor allen seine Eigenschaft selbst in Beziehung auf das vorzunehmende Geschäft, — III. Kapitel —; hiernächst

2) die Eigenschaft des Rechtsgeschäfts-Subjects — IV. Kap. —;

3) den Inhalt des Geschäfts, und zwar bezüglich

a) auf seinen Gegenstand, — V. Kap. —;

b) auf seine innere Form, — VI. Kap. —.

Da aber die Bewirkung dessen, was zu der innern Form oder dem Inhalte eines Rechtsgeschäfts gehört, nicht selten bedingt ist

4) durch eine eigenthümliche Function des Richters, die wir mit dem Ausdrucke des richterlichen Anleitungs- und Vermittlungs-Amtes bezeichnen, so ist hievon im VII. Kapitel zu handeln. Eine weitere Sorge nimmt

5) die äussere Form des Geschäfts überhaupt in Anspruch — VIII. Kap. —; endlich

6) die Beurkundung, wodurch der Beweis des Verhandelten gesichert wird, — IX. Kap. —.

7) Zum Schlusse wird von den Rechtsmitteln im nichtstreitigen Verfahren — im X. Kap. — gehandelt werden.

Drittes Kapitel.

Von den nothwendigen Eigenschaften eines Gerichts im nichtstreitigen Verfahren.

§. 52.

α. Das Gericht muß competent seyn.

Die Frage nach der Zuständigkeit des Richters ist bei den Rechtsgeschäften gemischter Art eben so wesentlich als im Streitverfahren, da es dabei nicht bloß auf Beglaubigung und Beobachtung einer bestimmten äussern Form, sondern auch auf Sachuntersuchung ankommt, (§. 30. 43 sq.) überhaupt auf Verhältnisse, wobei nur ein bestimmter Richter zweckmäßig wirksam seyn kann (§. 36 sq.). Ob es der ordentliche Richter der Person oder der Sache seyn müsse, das hängt von der Beschaffenheit des Geschäfts ab. Die vor dem unzuständigen Richter vorgenommene Handlung würde nichtig oder wenigstens zwecklos seyn; zwecklos in so fern, als sie nur die Wirkung einer aussergerichtlichen Handlung auch wohl nur einer Punctation haben würde, die nothwendig vor dem ordentlichen Richter wiederholt werden müßte. Es können sich indessen Fälle ereignen, wo auch eine dergleichen incompetente Handlung nützlich vorgenommen wird. Ich rede nicht von dem Fall eines Einverständnisses zwischen zwei benachbarten Gerichtsstellen, die etwa nach ihrer gegenseitigen persönlichen Convenienz dergleichen Gerichtsstands-Prorogationen vornehmen möchten. Eine zweckwidrige Arrondirung der Gerichtsbezirke (die freilich oft auch ohne große Schwierigkeiten nicht zu ändern ist) kann dazu Anlaß geben, und es ist nicht zu läugnen, daß auch hier gute Nachbarn sich ihren Dienst erleichtern können. Denke man sich den Fall, daß in dem zu dem Justizamt A gehörigen Orte B ein Kranker eine gerichtliche Vollmacht ausstellen müßte. Der

Ort B ist 6 Stunden von dem Amtssitz, A dagegen nur eine halbe Stunde von dem Sitze des Justizamts C entfernt. Hier mag der Justizamtmann zu A allerdings eine dringende Veranlassung haben, den Beamten zu C zu ersuchen, statt seiner den Act in B vorzunehmen. Doch darauf ziele ich hier nicht, wie ich denn auch nicht behaupten möchte, daß dergleichen Einverständniß ohne Genehmigung der vorgesetzten Behörde rechtlich Statt finde, da es die Befugniß der Mandirung einer administratorischen Gerichtsbarkeit voraussetzen würde, dergleichen dem Beamten nicht zusteht. Denke man sich aber folgenden Fall. Das Landgericht Erlangen hat ein Amtsgeschäft in dem zu seinem Amtsbezirke gehörigen Orte Bruck. In dem nämlichen Orte befinden sich auch Gerichtsholden des Patrimonialgerichts E. Während der Abwesenheit des Landrichters erscheint vor demselben der Sohn eines zu jenem Patrimonialgerichte gehörigen Bauers und bittet Namens seines plötzlich bedenklich erkrankten Vaters, daß sich der Landrichter in seine Behausung verfügen möge, indem jener Willens sey, ihm, dem Sohne, seinen Hof zuschreiben zu lassen. Daß zu dieser Handlung nicht der Landrichter, sondern nur der Patrimonialrichter befugt sey, leidet keinen Zweifel. Allein des letztern Amtssitz ist 3 Stunden entfernt, und es ist überdieß zweifelhaft, ob man ihn auch zu Hause antreffen werde. Der Landrichter wird sich also hoffentlich nicht bedenken, den scheinbaren Eingriff in die fremde Gerichtsbarkeit zu machen, und die Handlung vorzunehmen. Er wird jedoch das aufgenommene Protokoll unverweilt dem Patrimonialgericht E zufertigen und demselben das Weitere überlassen. Fälle dieser Art können in Gegenden, wo die Verfassung eine Ausübung der Patrimonial-Gerichtsbarkeit über zerstreute Gerichtsholden zuläßt, sich wohl öfter ereignen. Daß übrigens der Patrimonialrichter unter gleichen Umstän-

den das Nämliche thun könne, folgt nicht bloß aus dem Grundsatze der Reciprocität, sondern eigentlich schon aus Gründen der Humanität. Eine prorogatio fori voluntaria findet übrigens bei den gemischt freiwilligen Rechtsgeschäften nicht Statt. So wenig die Parteien befugt sind, selbige mit Umgehung des Richters für sich abzumachen, so wenig hängt die Wahl des Richters von ihrer Willkühr ab. Denn es kommt hier auf Thätigkeitsäusserungen an, wozu nur der vom Gesetz bestimmte oder der ordentliche Richter fähig ist, weil nur er die Kenntniß von den subjectiven und objectiven Verhältnissen des Geschäfts hat, wodurch seine zweckmäßige Wirksamkeit bedingt ist.

§. 53.

β. Das Gericht muß gehörig besetzt seyn.

Wenn das Gericht vollständig besetzt seyn soll, so muß es aus einer richterlichen Person und einem Actuar bestehen, der das Protokoll führt. Weniger als zwei Personen: 1) eine solche, welche für den Rechtszustand der Parteien richtend (es sey nun entscheidend oder, wie bei den freiwilligen Gerichtshandlungen, leitend und ordnend) wirksam ist, oder ein Richter, und 2) eine solche, welche diese Wirksamkeit beurkundet — Actuar, Gerichtsschreiber, — können unbeschadet des Wesens eines Gerichts nicht seyn [z]), wenn gleich, wie wir hernach sehen werden, die Function der zweiten Person eine Vertretung zuläßt, was in Ansehung der ersten nie seyn kann [a]). Es ändert übrigens nichts

---

z) Vergl. Martin's Lehrb. des Proc. §. 40. (X. Ausg.)

a) Es ist also schon um deßwillen unrichtig, wenn man annimmt (wie Fredersdorf in der Anweis. für angeh. Justizbeamte Th. II. S. 232. §. 6.), daß der Actuar ein Protokoll auch in Abwesenheit des Richters gültig aufnehmen

an der Wesentlichkeit des Erfordernisses, daß der Actuar in anderer Beziehung gegen den Richter als Subaltern erscheint, und daß der Richter die Hauptperson ist, der Actuar aber zu den Nebenpersonen des Gerichts gerechnet wird. Der Richter ist nur Hauptperson des Gerichts, sofern als er das Organ der Rechtspflege und die deßfallsige Gewalt des Regenten ihm anvertraut ist; ferner aus der Rücksicht, weil die Nebenpersonen und namentlich auch der Actuar unter seiner Leitung stehen. Aber in seiner Function der Beglaubigung ist der letztere ganz unabhängig von dem Richter, und muß es auch seyn; und in der von Richter und Actuar gemeinschaftlich vollzogenen Handlung ist der letztere eben so selbstständig thätig, wie der erstere. Rechnen wir also lieber den Actuar unter die Hauptpersonen des Gerichts und unter die Nebenpersonen des Richteramts, sofern als ihm zugleich der Expeditions- und Registratur-Dienst mit obliegt b). Die Sache beruht übrigens, wie man aus den angedeuteten Verhältnissen leicht einsehen kann, keineswegs auf einem bloßen Wortstreite.

Die Person des Richters kann eine physische, oder auch eine juristische seyn. Es kann nämlich entweder nur ein Individuum das Richteramt verwalten (ein Einzelrichter), oder es können deren mehrere seyn. Wo nur eine Person das Richteramt bekleidet, wird die Handlung mit Beiziehung des Actuars

---

könne, und also des letztern Gegenwart bei der Handlung kein wesentliches Erforderniß sey. Mehreres hierüber unten im IX. Kapitel. Die Practiker lassen sich oft durch Angewöhnung, oft durch eigenes Interesse leicht verleiten, einen eingeschlichenen Mißbrauch allmählich für Gerichtsgebrauch zu halten.

b) Vergl. Martin a. a. O.

vorgenommen, es sey nun am Orte des Gerichts oder auswärts, versteht sich immer innerhalb des Gerichtssprengels.

§. 54.

Von Deputationen und Commissionen.

Nicht alle gerichtliche Handlungen werden vor versammeltem Gerichte vorgenommen. Einige sind von der Art, daß sie nur von einer richterlichen Person allein mit Zuziehung eines Actuars zweckmäßig vorgenommen werden können, z. B. die Vernehmung von Parteien oder Zeugen zum Protokoll, und alle Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit es dabei auf protokollarische Instruction, nicht auf förmliche Beschlußfassung ankommt. Es würde auch eine unnütze Zeit- und Kosten-Verschwendung seyn, wenn alle Mitglieder des Gerichts der Handlung, z. B. einer Beaugenscheinigung, der Versiegelung oder Verzeichnung eines Nachlasses ꝛc. beiwohnen und dazu eine Reise vielleicht auf mehrere Meilen weit unternehmen wollten, und dieß um sonst weiter nichts, als um müssige Zuschauer einer Handlung abzugeben, die doch nur Einer zweckmäßig vornehmen kann. In diesen Fällen bedient sich daher das Gericht des Mittels eines Abgeordneten (Deputirten, uneigentlich Commissarius genannt). Man wählt dazu nach Verschiedenheit des Geschäfts und der zu dessen Legalität besonders erforderlichen höhern Befähigung eine Richteramtsperson aus dem Gremium des Gerichtscollegiums. Bisweilen wird auch der Gerichtsschreiber gebraucht, wenn das Geschäft nicht schlechthin die Gegenwart einer zum Richteramt befähigten Person fordert, was jedoch immer nur zu den seltenen Ausnahmen gehört. Besteht das Richteramt nur aus einer physischen Person, so muß diese allen gerichtlichen Handlungen, diese mögen am Orte des Gerichts

oder auswärts vorzunehmen seyn, sich selbst unterziehen. Bei größern Gerichtsämtern c) sind aber dem Einzelrichter gewöhnlich Gehülfen mit richterlicher Eigenschaft zugeordnet, die jenem in den Geschäften assistiren und aus seinem Auftrage statt seiner fungiren. Hier tritt dann das Verhältniß eines Deputirten, wie bei einem Collegialgericht, ein.

Nicht selten werden die Namen Deputirter und Commissarius für gleichbedeutend genommen; doch besteht zwischen beiden eine wesentliche Verschiedenheit. Denn wenn gleich die Functionen beider darin sich gleichen, das ihnen die Ausübung einer Gerichtsbarkeitsbefugniß statt eines Andern übertragen wird, und daß sie diese Befugniß nur an Statt des Berechtigten ausüben, so sind sie doch in folgenden Stücken merklich von einander verschieden: 1) der Deputirte kann für einzelne zur Instruction einer Sache gehörige Gerichtshandlungen, nicht aber für die Entscheidung in contentiosen Fällen, und nicht für die richterliche Bestätigung in nichtstreitigen Rechtssachen deputirt werden; dagegen kann dem Commissarius die ganze richterliche Gewalt übertragen werden, (jurisdictio delegata.) 2) Der Auftrag an den Deputirten hat seinen Grund in einem Hindernisse des deputirenden Gerichts, das jedoch in dem ordentlichen Organismus des Geschäftsganges oder in der Verwaltungsordnung liegt. Bei dem Commissarius ist ebenfalls ein Hinderniß des gehö-

---

c) Das Gerichtsamt muß sehr klein seyn, wenn ein Richter mit einem Actuar allein auskommen soll. Reisen ausser den Gerichtsort müssen hier ganz ausser dem Etat, und wenn dieser nicht chimärisch seyn soll, natürlich auch ausser der Wirklichkeit bleiben, soll anders nicht zu Hause ein förmliches Justitium eintreten.

rigen Gerichts der Grund, aber ein ausserordentliches, indem hier der ordentliche Richter aus besondern Gründen, wegen Unfähigkeit oder Recusation, nicht thätig seyn kann, oder weil ihm die Sache, wegen beharrlicher Verweigerung oder Verzögerung der Justiz, und weil die gewöhnlichen Zwangsmittel nichts fruchten, von dem Oberrichter abgenommen und einem Andern delegirt wird. 3) Deputationen geschehen aus Auftrag des ordentlichen Richters vermöge der Jurisdiction; Commissionen aus Auftrag einer höhern Behörde kraft der Staatsjustizgewalt. 4) Der Deputirte handelt Namens des deputirenden Gerichts und übt nur dessen Gerichtsbarkeit in den Grenzen der Uebertragung aus, der Commissarius aber eine ihm zur Ausübung in eigenem Namen übertragene. Daher kann auch 5) nicht von dem Deputirten an das abordnende Gericht (gleichsam ab eodem ad eundem), wohl aber von dem Commissarius an den Committenten, sofern als dieser der unmittelbare Oberrichter also zugleich die Berufungs-Instanz ist, appellirt werden. 6) Ein Deputirter wird von jedem, auch von einem Untergericht ernannt, der Commissarius aber, als ein statt eines Andern selbstständig auftretender Richter, nur von der Justizgewalt im Staate, und somit von der Obergerichtsbehörde vermöge der dieser aufgetragenen und besonders durch die Aufsicht auf die untergeordneten Behörden realisirten Gewalt. Endlich 7) hat die Ernennung eines Deputirten nirgends einige Bedenklichkeit; dagegen kann ein Commissarius nur aus triftigen Gründen ernannt werden, schon um deßwillen, weil niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden darf d).

---

d) v. Grolman's Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 137. (IV. Aufl.)

§. 55.

γ. Das Verfahren, wenn das Gericht nicht mit einem ordentlichen Actuar versehen ist.

Wenn der Richter, wie es bei kleinen, besonders Patrimonialgerichten öfters der Fall ist, mit einem ordentlich angestellten Actuar nicht versehen ist, so ist in den Particular-Gerichtsordnungen gewöhnlich vorgeschrieben, daß dessen Stelle ein verpflichteter Schreiber zu versehen habe, oder wenn der Richter selbst das Protokoll führt, daß zwei in Beziehung auf ihr Verhältniß zu diesem Richter einwandsfreie männliche Zeugen (Gerichtsbeisitzer, Schöppen) beigezogen werden müssen, in deren Gegenwart das Protokoll den Betheiligten vorzulesen und dasselbe von ihnen mit zu unterschreiben ist. Wo dieß nicht ausdrücklich verordnet ist, hat man geglaubt, sey auch das von dem Richter allein aufgenommene Protokoll beweisfähig, wenn derselbe nur namentlich und ausdrücklich als Actuar mit verpflichtet sey [e]). Allein hier liegt der Grund nicht in dieser Verpflichtung, am wenigsten wenn man sich dieselbe als willkührlich vorstellt, sondern in der besondern gesetzlichen Vorschrift, welche erlaubt, daß der Richter selbst das Protokoll schreibe, als Controle gegen ihn aber bald die Zuziehung zweier Zeugen, bald eine besondere eidliche Verpflichtung anordnet. Ein zugleich zum Protokoll vereidigter Richter kann also zwar die Vices des Actuars vertreten, aber nicht jeder kann sich nach Belieben hiezu habilitiren lassen, sondern nur wenn es das Gesetz und die Verfassung erlaubt. In

---

Meine Schrift: Der Dienst der deutschen Justizämter ꝛc. I. §. 53.

e) Leyser Spec. 27. m. 7.

Danz Grundsätze des ord. Proz. §. 45. S. 145. (IV. Ausg.)

legislativer Rücksicht ist es übrigens nicht rathsam, die Richter mit einer doppelten Eidespflicht zu belasten, da vielen eine allein schon oft beschwerlich genug zu werden scheint.

§. 56.

J. Die Einleitung des Verfahrens nach Verschiedenheit des Gerichts-Organismus.

Nach Verschiedenheit der Besetzung des Gerichts ist auch das Verfahren verschieden, welches bei der Einleitung zur Behandlung eines Rechtsgeschäfts beobachtet wird. Voraus geht ordentlicher Weise die Anmeldung der Partei. Darüber wird ein kurzes Protokoll aufgenommen und die Sache zur weitern Resolutionsfassung dem Gerichte vorgelegt. Es können aber auch zur Vereinfachung des Geschäftsganges nach Beschaffenheit der Umstände die Parteien auf mündliches Anbringen sofort mündlich beschieden werden: sich an einem bestimmten Tage vor Gericht einzufinden, und was zur Verhandlung der Sache erforderlich ist, mit zur Stelle zu bringen oder sonst zu beobachten. Auch kann, wenn sonst kein Anstand obwaltet, der Act sofort vorgenommen werden. Man hat hiebei überhaupt folgendes zu bemerken:

A. Bei Gerichten mit collegialer Verfassung ist

1) gewöhnlich ein Gerichtsmitglied oder ein Subaltern mit der protokollarischen Aufnahme solcher Anmeldungen ein für alle Mal beauftragt. An dieses Individuum werden also die sich einfindenden Parteien gewiesen.

2) Ist diese Gerichtsperson autorisirt, gewisse Arten von Geschäften Namens des Gerichts vorzunehmen (ein beständiger Deputirter) und der Gegenstand der Anmeldung eignet sich dafür, so bedarf es nicht der

Auf-

Aufnahme eines besondern Anmeldungsprotokolls, sondern dieser Deputirte veranlaßt ohne weiters das Erforderliche, um das Geschäft sogleich oder zu einer andern Zeit vorzunehmen, alles nach Gelegenheit der Umstände: der mehrern oder mindern Dringlichkeit der Sache, der Vorbereitung der Interessenten und seiner eigenen Muße.

3) Ist dieß aber nicht der Fall, so wird das Anmeldungsprotokoll dem Collegium durch ein bestimmtes Gerichtsmitglied (Decernent, Proponent) vorgetragen, und wenn sich nichts dabei zu erinnern findet, der Beschluß durch ein Decret gefaßt: daß dem Gesuche zu willfahren, und die Parteien auf den . . . mündlich oder schriftlich vor den Deputirten N vorzuladen. Dieser Deputirte setzt dann den Termin an, und die schriftliche Vorladung ergeht unter dem Namen des Gerichts. Von dem weitern Verfahren über die Aufnahme der Hauptverhandlung zum Protokoll, den Beschluß darauf und die Verbriefung wird unten (im IX. Kap.) die Rede seyn.

B. Besteht das Gericht nur aus Einer richterlichen Person, so ist das Verfahren durchaus so, wie vorhin unter A. 2. angegeben worden. Durch die Anordnung besonderer Amts- oder Gerichtstage, in welchen der Richter zuverlässig in dem Amtslokale anzutreffen ist, muß Vorsehung getroffen werden, daß die Parteien nicht vergeblich vor Gericht laufen müssen. Trifft es sich dennoch, daß auch an einem solchen Tage der Richter wegen dringender auswärtiger Verrichtungen nicht gegenwärtig seyn kann, so muß doch durch Aufstellung eines vertrauten Canzlei-Individuums Vorsehung geschehen, daß die Partei wenigstens nicht zum zweiten Mal der bloßen Anmeldung wegen zum Gerichtssitze zu reisen hat.

C. Besteht das Gericht zwar nicht aus einem ordentlich formirten Collegium, es sind aber demselben gewisse Gehülfen unter dem Namen von Assessoren, zweiten Justizbeamten, Adjuncten u. dgl. mit richterlicher Befähigung vermöge ihrer Bestellung und des abgeleisteten Richtereides, wenn schon ohne eine entscheidende Stimme, zugeordnet (§. 54.); so kann der Richter,

a) wenn er gegenwärtig ist, sofort einem dergleichen Individuum das Geschäft (versteht sich überall mit Zuziehung eines Protokollführers) von kurzer Hand übertragen;

b) in seiner Abwesenheit aber wird wie ad A. 2. und 3. verfahren.

c) Ist die Abwesenheit oder Verhinderung des Richters dauernd, so hat ein solcher Gehülfe die ihm ordnungsmäßig übertragene Function des Vorstandes auch rücksichtlich der sonst dem Richter vorbehaltenen wesentlichen Beschlüsse geltend zu machen. Ueberhaupt muß bei jedem Gerichte die Einrichtung bestehen, daß weder eine vorübergehende noch eine länger dauernde Abwesenheit des Richters einen Stillstand in der Rechtspflege veranlasse.

Viertes Kapitel.

Subject des Rechtsgeschäfts.

§. 57.

Erfordernisse im Allgemeinen.

Hier muß sich der instruirende Richter folgende Fragen beantworten lassen:

Ist die vor Gericht handelnde Person diejenige, wofür sie sich ausgibt?

Handelt sie in eigener Sache? — und hier

a) ihrem natürlichen und bürgerlichen Zustande nach fähig? (hat sie personam standi in judicio?) und

b) berechtigt? Ist sie die Person, welche die Sache als die ihrige angeht; ist sie also zur Sache legitimirt?

Handelt sie für einen Andern? — und ist sie dießfalls durch den von diesem als dem Berechtigten erhaltenen Auftrag legitimirt?

Es ist also vor allen festzustellen:

A. die Identität;

B. die Fähigkeit zu handeln;

C. die Legitimation zur Sache; und endlich nach Gelegenheit

D. die Legitimation zum Prozesse.

A. Identität des Rechtssubjects.

§. 58.

Deren Feststellung.

Der Punkt der Identität, oder daß die Parteien wirklich diejenigen seyen, wofür sie sich ausgeben, muß leichtbegreiflich vor allen im Reinen seyn. Es muß daher, daß und wie man sich hievon überzeugt habe, — also entweder durch Anerkennung von Seiten des Gerichts selbst, oder wenn es unbekannte Leute sind, durch Recognition von bekannten glaubwürdigen Personen, — gleich im Eingange des Protokolls bei deren namentlicher Erwähnung bemerkt werden. Vornämlich darf diese Vorsicht bei letztwilligen Verordnungen nicht auffer Acht gelassen werden. Bei Gerichten von kleinerem Umfange hat die Sache weniger Schwierigkeit als bei größern Gerichten und insonderheit in großen Städten. In

Ermangelung von Recognitions-Zeugen (denn man kann auch dießfalls bisweilen in Verlegenheit kommen) kann die mit Vorsicht angestellte Erkundigung nach den Umständen des Falles in persönlicher und sächlicher Hinsicht ein Auskunftsmittel geben. Besteht nämlich der zu recognoscirende Unbekannte hier das mit ihm vorgenommene Examen, so daß man annehmen kann, nur in der vorgegebenen Eigenschaft sey es ihm möglich gewesen, zu dieser Kenntniß zu gelangen, so mag wohl auch auf diese Weise der Punkt der Identität als ausgemacht gelten. Nur ist der eingeschlagene Weg im Protokoll anzugeben. Ferner kann die Anerkennung auch wohl von Mitcontrahenten genügen, wenn das Verhältniß so ist, daß sie mit einer falschen Angabe offenbar sich selbst und nur sich schaden würden, nicht aber wenn die Unwahrheit ihnen irgend zum Vortheile gereicht, oder ein Dritter gefährdet werden könnte. Unbedenklich wird daher der das Hypothekenbuch führende Beamte nach dem Verlangen des ihm bekannten A eine Hypothek auf dessen Grundstück für den mit zur Stelle gebrachten, dem Beamten unbekannten, B eintragen, ohne sich lange bei Constatirung der Identität aufzuhalten. Gesetzt aber der A brächte in der Person des angeblichen Commerzienraths H zugleich einen Bürgen für den B mit zur Stelle, der dem Richter nicht bekannt ist, und dessen Recognition nicht bewirkt werden kann, wird es genügen, daß A und B die Person für den Commerzienrath H ausgeben? — So scheint es, weil ja doch der Gläubiger B offenbar sich selbst schaden würde, wenn er etwas Falsches angäbe. Allein könnten nicht beide, A und B ein betrügerisches Spiel zum Nachtheil eines Dritten beabsichten, der die Forderung hiernächst, vielleicht gerade weniger im Vertrauen auf die Hypothek als auf die bekannte Solidität des Bürgen, von dem B an sich brächte, hinterher aber erst erführe, daß

ein anderer die Rolle des Commerzienraths H gespielt habe, und daß er nun zwar an die Betrüger soviel er wolle, nicht aber an den vermeinten Bürgen sich halten könne. — Eigentlich liegt Das, worauf es unter solchen Umständen ankommt, freilich jedem, der auf Klugheit und Erfahrung im gewöhnlichen Leben Anspruch macht, so nahe, daß man noch eine besondere Belehrung darüber für überflüssig halten möchte. Aber leider zeigt uns gerade in der Praxis der Gerichte die Erfahrung Beispiele, so wie von zu weit getriebener Vorsicht, wodurch die Parteien gequält und unnöthige Verzögerungen verursacht werden, als auf der andern Seite von einer gedankenlosen Hingebung und Leichtfertigkeit, die der Täuschung ein fruchtbares Feld öffnet.

B. Rechtsgeschäfts-Fähigkeit.

§. 59.

Arten der Unfähigkeit überhaupt.

Der Fähigkeit, ein Rechtsgeschäft überhaupt oder von gewisser Art vorzunehmen, können Hindernisse entgegenstehen, die ihren Grund in persönlichen Eigenschaften des Handelnden haben, und nun näher betrachtet werden sollen. Ein dergleichen Hinderniß steht der Fähigkeit entgegen,

I. Rechtsgeschäfte überhaupt, oder

II. nur ein Geschäft der vorliegenden Art vorzunehmen, oder endlich es wirkt

III. nur eine Beschränkung in der ungehinderten Vornahme des Geschäfts.

Im ersten Fall tritt eine absolute Unfähigkeit ein, die in Hinsicht auf das handelnde Individuum unheilbar ist, im zweiten eine beziehungsweise Un-

fähigkeit, im dritten nur eine beschränkte Fähigkeit.

Der Richter muß daher bei jedem vor ihn gebrachten Geschäft vor allen die Fähigkeit der Handelnden zum Gegenstande seiner Prüfung machen. Das Resultat dieser Prüfung ist in dem Protokolle zu bemerken, und zwar gleich nachdem der Veranlassung der Handlung erwähnt und, wer dazu als Betheiligte erschienen, bemerkt ist, gewöhnlich (wenn kein dergleichen Hinderniß eintritt) mit der Clausel:

> daß sich in Ansehung der Dispositionsfähigkeit der Erschienenen kein Anstand ergeben habe.

Uebrigens wird noch bemerkt, daß hier nur von den Hindernissen die Rede ist, die ihren Grund in persönlichen Verhältnissen ausser oder auch in der Beziehung auf den Gegenstand des Rechtsgeschäfts haben. Von den objectiven Hindernissen wird im folgenden Kapitel gehandelt werden.

§. 60.

I. Absolute Unfähigkeit.

Unter den ein Rechtsgeschäft vorzunehmen absolut Unfähigen werden ausser

1) Kindern unter 7 Jahren,

2) Rasenden und Wahnsinnigen, auch im höchsten Grade Betrunkene genannt,

weil bei allen diesen aus physischen Gründen keine Einwilligung, folglich auch kein Rechtsgeschäft möglich ist. Indessen mit einem sehr unsichern Maßstabe für die Grade-Messung, und schon um deßwillen mit wenig practischem Nutzen, werden letztere hieher gerechnet. Der Zustand des gestörten Vernunftgebrauchs des Höchstberauschten ist überdieß nur vorübergehend, auch nicht

von Beurtheilung einer in diesem Zustande vollbrachten Handlung hier die Rede, sondern nur davon, eine Handlung nicht geschehen zu lassen, bis man vollständig versichert seyn kann, daß das Hinderniß gehoben sey. Hier wird also der Richter keine ängstliche Untersuchung anzustellen brauchen, vielmehr kurzen Prozeß machen, dem Betrunkenen die Thüre weisen und überhaupt zu Geschäften, welche ruhige Ueberlegung fordern, niemand zulassen, der durch seine Aeusserungen einen durch geistige Getränke oder sonst ungewöhnlich gereitzten Gemüthszustand verräth. Darum ist auch ehehin besonders die frühe Tageszeit, weil man sie für eine Gewährschaft der Nüchternheit gelten ließ, als die rechte zu Gerichtshandlungen angenommen worden.

Practischer ist die Frage: wiefern der periodisch Wahnsinnige in lichten Zwischenräumen f) geschäftsfähig werde? Daß dieser Zustand der wiederkehrenden Vernunft wirklich eingetreten, muß unzweifelhaft feststehen, wenn die Zuverlässigkeit der Willenserklärung in der Folge nicht Anfechtungen ausgesetzt werden soll. Die Rückkehr des ungestörten Vernunftgebrauchs kann aber oft nur scheinbar seyn g). Hier ist also dem Richter höchste Behutsamkeit zu empfehlen, eine sorgfältige

---

f) Vergl. J. C. Hoffbauer, die Psychologie in ihren Hauptanwendungen auf die Rechtspflege ꝛc. (Halle 1808. 8.) §. 100 fgg.

g) Nicht überall, sagt Hoffbauer a. a. O. (in Note 2. zu §. 93. S. 109.), wo man den Wahnsinnigen nicht wahnsinnig urtheilen und handeln sieht, ist man befugt, eine helle Zwischenzeit anzunehmen. Wo diese seyn soll, muß der Wahnsinnige seinen Irrthum nicht bloß vergessen haben, sondern er muß davon für die Zwischenzeit zurückgekommen seyn, so daß der Irrthum, den er in Anfällen des Wahnsinns hegt, von ihm alsdann für Irrthum erkannt wird.

Beobachtung und nach Befinden die Beiziehung eines Arztes. Wie man sich von der Fähigkeit des periodisch Wahnsinnigen überzeugt habe, muß umständlich zu Protokoll genommen werden, und zwar in einem Nebenprotokolle, worauf sich in der Hauptverhandlung bezogen wird. Dem Zartgefühle des Richters muß man übrigens zutrauen dürfen, daß er in dem Hauptprotokolle, auch bei Anführung der bloßen Resultate der Untersuchung mit der nöthigen Schonung zu Werke gehen, und von jenen Verhältnissen mehr andeutend als ausdrücklich Meldung thun wird h), damit nicht der unglückliche Zustand zum Gegenstande einer wiederhohlten Erörterung, die hier zwecklos, ja für den Leidenden schmerzlich und daher bedenklich wäre, und der urkundlichen Aufbewahrung ohne Noth gemacht werde. Hier ist einer von den Fällen, wo man sich durch mißverstandene Pünktlichkeit leicht den Vorwurf der Inhumanität zuziehen kann. Im übrigen gehört auf jeden Fall ein solcher Mensch in die Classe der beschränkt Fähigen, wovon auf III. (§. 62. nr. 19.) die Rede seyn wird, und wenn er nicht ohnehin unter Curatel steht, so macht er die Zuordnung eines besondern Beistandes immer nothwendig oder doch rathsam.

§. 61.

II. Beziehungsweise Unfähigkeit.

Eine beziehungsweise oder bedingte Unfähigkeit kann aus verschiedenen Ursachen eintreten:

a) wegen gehinderter Dispositionsfreiheit des Subjects:

3) bei Unmündigen (Pupillen) und Minderjährigen. Letztwillige Verordnungen zu errichten, sind

h) S. Formular Lit. B.

letztere jedoch nicht verhindert i); auch über seine Person kann der Minderjährige, wenigstens nach R. R. ohne Zuziehung seines bloß für das Vermögen gesetzten Curators verfügen k). Nach dem practischen Recht, wo Minderjährige in Beziehung auf die Vormundschaft mit den Pupillen in gleicher Kategorie stehen, ist die Verfügung des Minor auch über seine Person beschränkt (§. 36. I. A.).

Ferner gehören hieher:

4) die den Unmündigen gleichgeachteten Blödsinnigen, ingleichen

5) Taubstumme, welche unter Vormundschaft stehen. Bei diesen kann sogar eine absolute Unfähigkeit eintreten, wenn und sofern als es ihnen physisch unmöglich ist, ihre Einwilligung überhaupt zu erklären, und es also nicht bloß auf Grade der Zuverlässigkeit ankommt l). Auch

6) gerichtlich erklärte Verschwender,

7) Schuldner, denen bei ausgebrochenem Concurse über ihr Vermögen dessen Verwaltung entzogen ist, sowie

8) der unter väterlicher Gewalt stehende Sohn (filiusfamilias) — werden unter die relativ Unfähigen gezählt, der letztere in Beziehung auf Gelddarlehensgeschäfte vermöge des Macedonianischen Rathschlusses m), indem derselbe hinter des Vaters Rücken keinen Gelddarlehensvertrag oder ein sonstiges auf des-

---

i) L. 20. §. 1. D. de liberat. leg.

k) L. 20. D. de ritu nupt. Stryk in caut. contr. S. I. cap. II. §. 21.

l) §. 7. Inst. de inut. stip.

m) L. 1. pr. de SCto Maced.

sen Verdeckung abzielendes lästiges Geschäft (contractus mohatrae) eingehen kann.

b) Wegen eintretenden besondern Verdachts einer Gefährde sind unfähig:

9) Vormünder, Curatoren und Verwalter fremder Güter in Beziehung auf die Erwerbung von Rechten auf das ihrer Fürsorge und Verwaltung anvertraute Gut n);

10) Beamte bei der Erwerbung unbeweglicher Güter in ihrem Amtsbezirke, wenigstens nach den Gesetzen gewisser Länder o);

c) wegen beschränkter Erwerbsfähigkeit besonders von Immobilien:

11) Juden p), sowie

12) Kirchen, Klöster, geistliche Stiftungen und Gemeinheiten, sofern bei deren Erwerb

---

n) L. 34. §. 2. D. de contrah. emt.

o) Claproth's Rechtswiss. ꝛc. der Vertr. u. Contr. II. §. 276. In Bayern ist durch das Edikt über die Verhältnisse der Staatsdiener (Beil. IX. zur Verfass. Urk. vom 26. Mai 1818.) §. 21. den äussern Justiz-, Polizei- und Finanzbeamten untersagt, in ihrem Amtsbezirk eine Gutsrealität zu erwerben. — Nur zum eigenen Hausbedarf kann der Erwerb von 4 — 6 Tagw. Landes durch Kauf oder Pachtung mit Genehmigung der Kreisregierung statt finden. Allg. Int. Bl. 1818. S. 989.

p) Claproth l. c. I. §. 9. In Deutschland ist es als Regel anzunehmen, daß die Juden keine Immobilien erwerben dürfen. Runde Grundsz. des gem. deutschen Priv. Rechts §. 641. S. 636. (5te Ausg.) Ueber die deßfallsigen Beschränkungen der Juden in Bayern vergl. das Edikt vom 10. Jun. 1813. Reg. Bl. S. 921.

von Grundstücken diese auſſer Verkehr (zur todten Hand) kommen würden, ohne Amortizations-Erlaubniß q).

13) Fremde sind rücksichtlich des Erwerbs von Grundeigenthum r), Nichtbürger rücksichtlich bürgerlicher Häuser und sonstiger Realitäten, deren Erwerb das Bürgerrecht voraussetzt, Nichtadelige in Beziehung auf adelige Güter nach den Gesetzen einzelner Länder mehr oder weniger beschränkt; ebenso

14) Soldaten während ihrer Dienstzeit und Militär-Conscriptionspflichtige vor zurückgelegten Jahren der Dienstpflichtigkeit nach Inhalt der deßfallsigen Gesetze und Reglementar-Verordnungen der einzelnen Länder.

---

q) Claproth a. a. O. n. 10. u. 11.

r) Für Fremde sind jedoch nach der deutschen Bundes-Akte nicht zu achten die Unterthanen eines andern zum deutschen Bunde gehörigen Staates. In Bayern können Auswärtige (überhaupt und ohne nähere Beschränkung) Grundeigenthum im Königreiche gleich königl. Unterthanen besitzen. Sie unterliegen hierbei den Pflichten der Forensen, und sind demnach gehalten 1) alle nach den Gesetzen des Königreichs auf ihren Gütern haftenden Staatslasten und Verbindlichkeiten genau zu erfüllen, 2) in Hinsicht auf diese Verbindlichkeiten eine Stellvertretung, und in Ansehung der Lehengüter einen Lehenträger aus bayerischen Unterthanen anzuordnen; 3) können sie sowohl von dem Fiskus als von den königlichen Unterthanen nicht nur in Real- sondern auch in Personalklagsachen, in soweit die in Bayern gelegenen Güter einen zureichenden Executions-Gegenstand darbieten, oder dafür angenommen werden wollen, vor den geeigneten königlichen Gerichten belangt werden. Edikt über das Indigenat vom 26. Mai 1818. (Beil. I. zur Verfass. Urkunde) §. 13 fgg.

Endlich s) können

d) wegen Geschlechtseigenschaft

15) Frauenspersonen α) überhaupt keine Verpflichtungen für einen Andern — intercessiones — (ob SCtum Vellejanum), auch nicht für ihre Männer (ob auth. si qua mulier) übernehmen. Das heutige Recht läßt jedoch dergleichen Interceſſionen gelten, 1) wenn die Frauensperson nach vorgängiger Belehrung über ihre Rechtszuständigkeiten vor Gericht mit Zuziehung eines Beistandes auf diese verzichtet t), 2) wenn sie mit ih-

---

s) Man zählt hieher noch folgende Fälle:

1) Die Verträge des Arztes mit dem von ihm besorgten Kranken, sofern dabei die Heilung als Motiv erscheint. L. 9. C. de prof. et med. (10, 52.) L. 3. D. de extraord. cognit.

2) Verträge des Vaters mit dem in seiner Gewalt befindlichen Kinde, und zweier unter derselben väterlichen Gewalt stehender Geschwister mit einander. Es ist indessen die practische Anwendbarkeit dieser Sätze, und namentlich in letzterer Beziehung die der fingirten Personen-Einheit, in Deutschland keineswegs als ausgemacht anzunehmen. Vergl. Glück's Commentar XVI. §. 989. u. II. §. 137.

t) Glück's Comm. XV. §. 925. — Mackeldey's Lehrb. des heut. R. R. §. 427. (IX. Ausg.) In Bayern können Personen weiblichen Geschlechts, welche die Rechte der Siegelmäßigkeit haben, bei Interceſſionen ohne Mitwirkung der Obrigkeit auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten, nachdem sie darüber durch einen besondern und hinreichend verständigen Anweiser in Gegenwart eines Zeugen belehrt worden, in einer von der Verzichtenden, dem Anweiser und dem Zeugen unterschriebenen Urkunde Verzicht leisten. (Edikt über die Siegelmäßigkeit §. 3. Beil. VIII. zur Verf. Urk.) Das Recht der Siegelmäßigkeit in Bayern besteht in dem Inbegriffe der Befreiungen bestimmter Classen von

rem Manne in allg. Gütergemeinschaft lebt, und für die während der Ehe contrahirten Schulden intercedirt u). β) In Gegenden, wo die Geschlechtsvormundschaft eingeführt ist, besonders in den Sächsischen Landen, müssen Frauenzimmer, mit Ausnahme derer, die zu dem hohen Adel gehören (feminae illustres), oder die für eigene Rechnung Kaufmannschaft oder Wirthschaft führen, bei allen Geschäften, wodurch sie sich Verpflichtungen auflegen, besonders soweit sie vor Gericht zu vollziehen sind, ausser in Ehesachen und bei letztwilligen Verordnungen, einen entweder ein für alle Mal oder besonders sich gewählten und obrigkeitlich bestätigten Geschlechtsvormund beiziehen v); ausserdem ist die Handlung, soweit sie nicht zum Vortheile der Curandin gereicht, nichtig. Bei Verheiratheten ist in der Regel der Ehemann Geschlechtsvormund, der dann auch als Ehevogt seiner Frau (tutor legitimus) befugt ist, dieselbe auch ohne besondern Auftrag vor Gericht zu vertreten, jedoch mit Ausnahme der das Heirathsgut betreffenden Angelegenheiten w), sofern nämlich als hier

---

Staatsbürgern (der s. g. Siegelmäßigen) bezüglich auf gewisse Vorschriften des bürgerlichen Rechts, hauptsächlich was die Beglaubigung ihrer Urkunden, aber auch verschiedene andere nichtstreitige Rechtsgeschäfte betrifft, die sonst der gerichtsobrigkeitlichen Behandlung zu ihrer Gültigkeit bedürfen. Siegelmäßig sind der Adel, die Collegialräthe und höhern Beamten.

u) Thibaut P. R. §. 949.

v) Hofacker princ. jur. civ. I. §. 711 sqq.

v. Trützschler's Anweisung zu rc. rechtl. Aufsätzen I. S. 124 fgg. 329. Eichhorn's deutsches Pr. R. §. 322. Mittermaier's d. Pr. R. §. 333. 380. (4te Ausg.)

w) Pufendorf in obs. jur. un. I. obs. 12.

sein Interesse mit dem der Frau collidirt. Ob übrigens der hinzugekommene Versprechungseid in allen Fällen die Mängel der Entsagungen und sonst von einer Frauensperson übernommenen Verpflichtungen ersetze, oder nur in den vom Gesetz ausdrücklich erwähnten Fällen x): der Veräusserung der dos und donatio propter nuptias, und der Entsagung auf die väterliche Erbschaft nach empfangenem Brautschatze, ist unter den Rechtsgelehrten streitig y). — Für sich selbst kann übrigens nach gemeinen Rechten z) eine volljährige unverheirathete Frauensperson ohne Vormund sich eben so rechtsbeständig verbindlich machen, wie eine Mannsperson, und die Verheirathete genießt gleiche Rechte, jedoch mit der Einschränkung, daß der Ehemann, so weit er Verwalter und Nutznießer des weiblichen Vermögens ist, dabei mitwirken muß. — Wenn sich nun gleich die Geschlechtsvormundschaft als förmlich ausgebildetes Institut nur partikularrechtlich als Ausfluß altdeutscher Rechtsgewohnheiten erhalten hat, so haben sich doch bei dem allzu nahe liegenden Bedürfniß, — eine Wirkung der Geschlechtsschwäche und schonender Rücksichten, — über die Nothwendigkeit, das weibliche Geschlecht durch einen männlichen Beistand in folgenreichen Handlungen zu unterstützen, ähnliche Ansichten mehr oder weniger fast allenthalben in Deutschland erhalten, wenn auch nicht in der Gestalt einer förmlichen Curatel. Daher ist es immer räthlich, da, wo eine Frauensperson Geschäfte vornimmt, die ihren Zustand verschlimmern, wenigstens um Anfechtungen ab-

---

x) Cap. 28. X. de jurejur.

c. 2. de pactis in 6to.

y) J. F. Malblanc doctr. de jurejur. §. CXVIII.

z) v. Trützschler a. a. O. S. 123.

zuschneiden, einen Beistand beizuziehen. Denn die Klugheit gebietet, es nirgends auf einen Prozeß ankommen zu lassen, wo man ihn leicht verhüten kann, gesetzt daß dessen Gewinn auch noch so wahrscheinlich wäre. (Vergl. auch §. 37. Num. VI.)

§. 62.

III. Beschränkte Fähigkeit.

Wenn auch weder absolut, noch beziehungsweise unfähig zu Verträgen und Willenserklärungen, doch mehr oder weniger gehindert, mit voller Zuverlässigkeit ihren Willen zu erklären, oder ihr Bestes zu wahren und deßhalb einer besondern Fürsorge von Seiten der Gerichte bedürftig — sind

alle diejenigen, die geistig oder körperlich an einer Unvollkommenheit leiden, die es ihnen wenigstens erschwert, mit Zuverlässigkeit ihren Willen zu erklären und mit der erforderlichen Freiheit zu handeln.

Hieher gehören

16) Blinde. Für diese müssen bei jeder Verhandlung Beistände zugezogen werden, die nicht nur überhaupt für Abwendung jeder Gefährde mit sorgen, sondern auch zugleich als besondere Zeugen und Stellvertreter bei der Vorlesung und Unterzeichnung des Protokolls dienen. Der Richter aber, dessen amtliche Fürsorge vornämlich bei dergleichen unvollkommen organisirten Individuen sich wirksam äussern muß, hat Bedacht zu nehmen, daß der blinde Contrahent besonders in Ansehung der Identität der Personen und Gegenstände des Vertrags in keinem Irrthume sich befinde.

17) Stumme und Taube können nur dann mit Zuverlässigkeit Verträge schließen, wenn sie schreiben und Geschriebenes lesen können, und so nicht nur ihren

Willen zu erklären, sondern auch die Erklärungen und Belehrungen ihrer Mitcontrahenten und des Richters zu vernehmen im Stande sind. Sollte ein solcher Contrahent der Schriftsprache nicht kundig seyn, so müssen einige Freunde oder gute Bekannte desselben beigezogen werden, welche die Zeichensprache des Stummen verstehen und dem Gehörlosen auf unzweideutige Art sich verständlich zu machen wissen, übrigens selbst kein Interesse bei der Sache haben. Diese dienen als Dolmetscher und dem Tauben oder Stummen ist ausserdem noch besonders ein curatorischer Beistand zuzuordnen.

18) Taubstumme, welche nicht (nach nr. 5.) zugleich wegen Blödsinns unter Vormundschaft stehen, sondern die Fähigkeit, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen, nothdürftig besitzen, können ebenfalls nur durch schriftliche Mittheilung Erklärungen abgeben und vernehmen. Wenn sie nicht schreiben und lesen können, muß ebenfalls wie auf 17. verfahren, hier aber, wo die Körperfehler vereinigt eintreffen, wie sich von selbst versteht, mit verdoppelter Vorsicht zu Werke gegangen werden. Die Gerichtsperson darf sich hier durchaus keine Mühe verdrießen lassen, sie muß dasjenige, was zur Erlangung der Gewißheit über die Willenserklärung eines solchen körperlich fehlerhaften Individuums verhandelt worden, ausführlich zu Protokoll niederschreiben, und dieses von allen Anwesenden unterzeichnen lassen.

19) Wahnsinnige oder Verrückte haben ordentlicher Weise ihre Curatoren; es kann also auch in lichten Zwischenräumen sie zur Abschließung von Verträgen selbst zuzulassen, die Frage nicht seyn. Wenn indessen der Fall einträte, daß ein solcher Mensch wirklich noch nicht bevormundet wäre, und das eigene Beste desselben forderte, ihn im Zustande des, wenn auch

nur

nur vorübergehend wiedergekehrten Vernunftgebrauchs paciſciren zu laſſen, wozu derſelbe allerdings fähig iſt a); ſo hat ſich, wie ſchon vorhin (§. 60.) bemerkt worden iſt, der Richter vor allem durch zweckmäßige Unterredung und allenfalls mit Zuziehung eines Arztes die Ueberzeugung zu verſchaffen, daß ein ſolcher lichter Zwiſchenzuſtand eingetreten. Auch muß dieſer lichte Zwiſchenraum bis zum Ende der ganzen Verhandlung ununterbrochen fortdauern, was namentlich die Bedingung der Teſtamentsfähigkeit ſolcher Individuen iſt b).

20) In hohem Grade Einfältige und Stumpfſinnige c), Melancholiſche, durch hohes Alter am Verſtande Geſchwächte, beſtändig Kranke (sontici), Sterbende d) ſind zwar vertragsfähig; es iſt aber große Vorſicht nöthig, um ſich rückſichtlich ihrer die Gewißheit der erforderlichen Verſtandes- und Willensfreiheit zu verſchaffen. Von einem ſchon mit dem Tode Ringenden kann man wohl nicht erwarten, daß er ſeiner Sinne und ſeines Verſtandes dergeſtalt mächtig ſey, um den zeitlichen Angelegenheiten noch die Aufmerkſamkeit und Theilnahme zu ſchenken, die eine zuverläſſige Willenserklärung doch nothwendig vorausſetzt. Aber gerade an dieſen üben Ungeſtüm und Zudringlichkeit erbluſtiger Menſchen häufig ihr Spiel e).

---

a) L. 2. C. de contrah. emt. et vend. (4, 38.)

b) L. 9. C. qui testam. facere possunt. (6, 22.)

c) Hommel in Rhapsod. Vol. II. obs. 283.

d) L. 42. §. fin. D. de mort. causa don.

e) Viel Beherzigungswerthes hierüber ſ. in Möſer's patriotiſchen Phantaſ. IV. S. 109. Merkwürdig iſt der dort erzählte Fall, wie eine todtſchwache Frau zwar dem Anſcheine nach bei vollem Verſtande, aber nach allen Umſtänden doch nicht mit der erforderlichen Freiheit zu wählen, wider die

§. 63.

Cautelen für den Richter.

Es ist von selbst einleuchtend, daß die von Num. 16—20. benannten Subjecte durchaus nicht in der Lage sind, ihr Bestes gleich einem andern von Geist und Körper glücklicher Organisirten wahrzunehmen, und daß die Freiheit und Zuverlässigkeit ihrer Willenserklärungen immer mehr oder weniger prekär ist, so daß diese Personen sehr leicht ein Opfer der Willkühr und des Eigennutzes werden können. Man nimmt daher ihr Bestes weder als Mensch noch als Richter gehörig wahr, wenn man aus mißverstandener Achtung vor ihrer Persönlichkeit und Selbstständigkeit, vorgeblich um sie nicht in ihrer Freiheit zu beeinträchtigen, und weil sie nicht formal zur Bevormundung sich eignen, eigentlich wohl oft mehr aus Gleichgültigkeit und Bequem-

---

Neigung ihres Herzens, bloß der unzeitigen Geflissenheit eines Geistlichen und der geheuchelten Reue ihres Mannes nachgebend, eine zärtlich geliebte dürftige Schwester im Testamente überging, zum Besten eines nichtswürdigen, ausschweifenden Mannes, von dem sie ihr ganzes Leben hindurch nichts als Zurücksetzung und schnöden Undank erfahren hatte. Ohne allen Zweifel hätte sie in gesunden Tagen anders testirt, als in dem wichtigen Momente, den man arglistig dazu gewählt hatte, in welchem die arme Frau neben der ohnehin hier natürlichen Gleichgültigkeit gegen das Irdische zu schwach war, der Zudringlichkeit zu widerstehen, womit man unter der Maske der Reue und Versöhnung ihre Gutmüthigkeit und ihr Mitleiden mißbrauchte. Daß der Richter, der dieses Testament aufnahm, das, was er unbeschadet seiner Unbefangenheit hätte thun können, und nach Pflichten thun sollen, wohl nicht gethan hat, daß ihm mehr um einen der äussern Form nach erklärten, als wirklich vorhandenen freien Entschluß zu thun war, wird ihm sein Gewissen gesagt haben, wenn er es hören mochte!

lichkeit, sie ihrem Schicksale preisgibt. In der That muß der gewissenhafte Richter bei der Beurtheilung ihrer Vertragsfähigkeit eher zu streng als zu nachsichtig seyn, besonders da, wo der Vortheil auf ihrer Seite zweifelhaft, oder weitaussehend, oder von Umständen abhängig ist, deren Eintreffen vielleicht eben wegen des Standpunktes, den sie in der bürgerlichen Gesellschaft einnehmen, nicht mit Sicherheit zu erwarten ist. Vor allen ist die pflichtmäßige Fürsorge der Gerichte alsdann rege zu erhalten, wenn dem andern contrahirenden Theil ungewöhnliche Vortheile aus dem Geschäft zuwachsen, oder wenn er zu jener Classe von Menschen gehört, vor deren Hinterlist oder Verschmitztheit selbst Leute von gesunden Sinnen und ungeschwächten Verstandeskräften auf ihrer Hut zu seyn pflegen. Daß vor allen die Zuordnung eines redlichen nicht nur, sondern auch verständigen und geschäftsgewandten Beistandes nicht auſſer Acht zu lassen, darf nicht noch einmal erinnert werden.

§. 64.

Wiefern die Unfähigkeit gehoben werden kann.

Die absolute und relative Unfähigkeit der unter I. und II. von Num. 1 — 15. aufgeführten Personen, vielmehr das daraus entstehende Hinderniß kann zum Besten des Geschäfts bald auf gewöhnlichem Wege gehoben werden, bald nur auf ausserordentliche Weise. Im erstern Falle wird dabei die richterliche Thätigkeit vereint mit der Thätigkeit der Parteien wirksam, besonders da, wo die obervormundschaftliche Verwendung in Anspruch genommen wird; im letztern Falle dagegen ist es hauptsächlich die Thätigkeit der Interessenten, welcher die Beseitigung des Hindernisses obliegt. — Man unterscheide: das Hinderniß, oder die in der Person des Contrahenten liegende Unfähigkeit ist

1) rein persönlich; sie findet Statt ohne Beziehung auf die Person des andern Contrahenten, auch nicht in Beziehung auf die Sache und die Art des Verkehrs;

2) die Unfähigkeit liegt in der Beziehung auf den Mitcontrahenten;

3) lediglich oder doch hauptsächlich in der Beziehung auf die Sache und die Art des Verkehrs.

Auf 1. kann das Hinderniß gehoben werden, sobald a) der Vormund oder Curator beigezogen wird, durch dessen Auctorität oder Consens die Gültigkeit des Geschäfts bedingt ist (Num. 1—6.); oder b) sobald die Einwilligung der zunächst Betheiligten, der Creditoren oder des Massecurators (Num. 7.) oder des Familienvaters (Num. 8.) erwirkt ist.

Auf 2. welches bei Num. 9. eintritt, ist es die Einwilligung des betheiligten Eigenthümers oder Principals, welche das Hinderniß entfernt. Bei Pflegbefohlnen wird dieselbe von dem Mitvormund f), der entweder schon bestellt ist, oder besonders bestellt wird, unter Autorität des vormundschaftlichen Gerichts ertheilt, oder es wird das Hinderniß durch Modificationen des Geschäfts selbst gehoben, welche die veranlassenden Besorgnisse entfernen; also indem der Verkauf einer Sache des Pflegbefohlnen an den Vormund im Wege einer öffentlichen Versteigerung bona fide geschieht g).

Auf 3. kann das Hinderniß entweder sofort durch die Erlaubniß der vorgesetzten Behörde, (bei Num. 10, 14.) oder durch Beobachtung der deßfalls vorgeschrie-

---

f) L. 5. D. de auct. tut.
Hofacker princ. jur. civ. I. §. 665.

g) Höpfner's Comment. §. 212.

benen Förmlichkeiten, (bei Num. 15.) oder endlich durch Dispensation von Seiten der Staatsgewalt (Num. 11, 12.) allenfalls nach Anhörung der Betheiligten (bei Num. 13.) gehoben werden.

Es versteht sich von selbst, daß, wo erst, wie in letzterer Beziehung, eine Dispensation von einem Verbotsgesetze zu bewirken ist, der Richter nicht einmal geschäftseinleitend sicher verfahren kann, wenn er nicht mit mehr oder minder Wahrscheinlichkeit ein vergebliches Geschäft zu beginnen besorgen will.

§. 65.

Einiges über das Erkundigungs-Verfahren überhaupt.

Alle in §. 55 ff. angezeigten subjectiven und die im folgenden Kapitel noch zu betrachtenden objectiven Geschäftshindernisse werden als beseitigt angenommen, wenn der Richter, was gewöhnlich sofort beim Beginnen der Verhandlung nächst dem Punkte der Identität (§. 58.) geschieht, die Versicherung in das Protokoll niederschreiben läßt:

"daß sich in Ansehung der Dispositions- (Ver-
"trags-) Fähigkeit der Parteien kein Hinderniß
"ergeben."

Es bedarf daher keiner Erinnerung, daß, wenn diese Erklärung mehr bedeuten soll, als eine von den vielen, oft nur nach dem Schlendrian gedankenlos gebrauchten Formeln, der Richter seiner Sache deßfalls ganz gewiß seyn muß. Nun wird mir zwar hier vielleicht mancher einwenden, (denn Einwendungen dieser Art habe ich selbst schon von Männern gehört, von denen man sie nicht hätte erwarten sollen, und an Orten, wo dergleichen unreifes Gerede sehr nachtheilig werden konnte, namentlich für die Gesetzgebung): da thäte es ja Noth, daß der Richter, den Katalog aller Hinder-

nisse in der Hand, mit den Parteien jedes Mal ein ordentliches Verhör anstellte! — Ich antworte: nach Gelegenheit allerdings, wenn man sich schon die Operation nicht so steif und dreschermäßig vorstellen muß, wie sie der Kritiker mit dem beliebten Argument des Lächerlichen zu machen sucht. Das Examen wird in der Regel kurz und einfach, und mit der Berichtigung des Identitäts-Punktes von selbst abgethan seyn. Denn sind Cajus und Titius dem Richter bekannte Leute, so ist anzunehmen, daß ihm bei der Kenntniß ihrer persönlichen Verhältnisse auch die dem Geschäft wenigstens von dieser Seite entgegen stehenden Hindernisse nicht entgehen, oder doch mittelst einer kurzen Unterredung und Befragung leicht auszumitteln seyn werden, sowie die Behandlung des Geschäftsgegenstandes selbst die etwaigen objectiven Anstände zum Vorschein bringen wird, wenn anders der Richter den Forderungen einer sorgfältigen und umsichtigen Instruction der Sache zu genügen die Mühe nicht scheut.

C. Legitimation zur Sache h).

§. 66.

Was dießfalls zu beobachten.

Auffer der Geschäftsfähigkeit, wovon bisher (§. 59 ff.) die Rede war, fragt es sich: ob die Person, welche, um eine Willenserklärung abzugeben, vor Gericht erscheint, die rechte sey? Hier muß nun der Titel geprüft werden, worauf sich das Recht gründet, das

---

h) J. C. Gensler's Handbuch zu Martins Lehrb. des Prozesses I. Th. (Jena 1814. 8.) Nro. 5. S. 110. ff.

Bethmann-Hollweg's Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. (Berlin und Stettin 1827. 8.) Abhandl. II.

den Gegenstand der Verhandlung ausmacht: also z. B. ob und wie die Partei Eigenthümer der Sache oder des Rechts geworden, die sie veräussert, verpfändet, cedirt u. s. w.; ob etwa noch mehrere Betheiligte vorhanden, deren Einwilligung schon ertheilt oder noch zu bewirken ist? Ferner: ob die Person, der ein Recht übertragen werden soll, genau bestimmt ist ꝛc. So natürlich und einfach die Nothwendigkeit dieser Erkundigung in der Theorie erscheint, so häufig geschieht es in der Anwendung, daß dabei aus Eilfertigkeit oder Oberflächlichkeit oder aus einer Art von gutem Glauben nicht mit der Umsicht verfahren wird, welche gleichwohl die Betrachtung des wichtigen Einflusses auf die Haltbarkeit des Ganzen fordert. Man findet es so natürlich, daß jemand der vor Gericht erscheint und in eigenem Namen handelt, auch dazu berechtigt sey; es beruhigt uns sein offenes, unbefangenes Benehmen; man bedenkt nicht, daß dieß in der That Wirkung einer redlichen, ohne eben einer juristischen, Ueberzeugung seyn kann. Oft kann uns selbst das Vertrauen, die arglose Hingebung des andern Theils, irre führen; oft will man auch — freilich nach einer bedenklichen und dem Richter am wenigsten ziemenden Maxime — nicht indiscret erscheinen, zumal bei einer sonst vortheilhaften Kenntniß von dem Character der Parteien; oft kann eine vermeinte Notorietät unsere Zweifel beschwichtigen u. s. w. Unzählige Nichtigkeiten sind auf diese Weise schon veranlaßt worden, die späterhin nur mit Schwierigkeit beseitigt wurden, oder wohl gar unheilbare Folgen nach sich zogen. Hinterher pflegt man es denn der Partei zur Last zu legen, etwa gar auf Rechnung eines bösen Willens zu setzen, was der Richter lediglich seiner Leichtgläubigkeit und seinem Mangel an Umsicht beizumessen hat. Wirklich kann die Partei rücksichtlich ihres Erwerbstitels in gutem Glauben seyn. Sie denkt vielleicht nicht an eine

Gefährde, wenn sie vermöge eines für unbestritten erachteten gesetzlichen Erbrechts mit dem Nachlasse Dispositionen vornimmt, oder wenn sie auf den Grund aussergerichtlich vorläufiger Verabredung mit ihren Miterben über ein Activum der Erbschaft disponirt, und diese Disposition hinterher von dem Erbsconsortium als illegal angefochten wird, vielleicht weil sich Umstände ereignet haben, welche es dem Consortium erwünscht machen, daß ihre Verbindlichkeit nur bis zu einer natürlichen erwachsen ist. Titius kann bona fide sein Haus, das er wegen noch nicht an Cajus, seinen Vormann, bezahlten Kaufschillings unter einem revocabeln Titel besitzt, an Mevius anderweit verkaufen, und — wieder ohne betrügerische Absicht — über den Kaufschilling des letztern so disponiren, daß dieser den Cajus auf den Hals bekommt, u. dgl. Denke man sich noch, wie folgenreich der Verkehr in dieser Hinsicht mit Erben und Cessionarien ist? wie viele Nachfragen der Besitztitel des ein Recht Veräussernden fordert, wenn dieses durch mehrere Hände titulo heredum vel cessionis bis zu dem jetzigen Besitzer gekommen ist? — — Hierüber durchaus zuverlässige Gewißheit zu erlangen, gehört zur Beantwortung der so einfach scheinenden Frage: ob die handelnde Person in Beziehung auf den Gegenstand der Handlung die rechte sey? mit andern Worten zur Berichtigung des Punktes der Legitimation zur Sache!

§. 67.

Wiefern kann das Recht eines Dritten Gegenstand eines Vertrags werden i)?

Ein Rechtsgeschäft darf nicht die Rechte eines Dritten verletzen. Doch verliert dieser die Befugniß selbi-

---

i) J. H. Boehmer de jure ex pacto tertii quaesito (in exercit. ad Pand. N. XXVIII. Tom. II. p. 256. sqq.

ges anzufechten, theils durch ausdrückliche, vor oder nachher ertheilte, theils durch stillschweigende Einwilligung. Letztere wird angenommen k), 1) wenn ein Dritte die Gewährleistung für das Geschäft übernimmt, 2) wenn er die Urkunde darüber verfaßt, oder als Zeuge sich unterschreibt, 3) wegen arglistigen Schweigens bei der Handlung. — Ausserdem ist an der Rechtsbeständigkeit eines den Dritten angehenden Geschäfts nicht zu zweifeln, wenn derselbe dazu Auftrag gegeben hat, ferner auch ohne Auftrag wegen nützlicher Verwendung, so wie endlich wenn zwischen dem Dritten und dem statt seiner Contrahirenden ein Repräsentations-Verhältniß wie zwischen Vater und Familiensohn, Vormund und Mündel Statt findet, überhaupt so oft eine adjectitia qualitas oder jenes Verhältniß eintritt, vermöge dessen die Handlung eines Andern mich verpflichtet, weil sie gesetzlich als meine eigene angesehen wird, wie die meines Handlungs-Factors (institor) mich als Principal (praeponens). Indessen ist von diesen Verhältnissen hier nicht die Rede; die Frage ist: können wir, abgesehen von den bemerkten Beziehungen, einem Dritten bei einem Rechtsgeschäft Verpflichtungen auferlegen, oder Rechte erwerben? — Es sind dieß, wie man sieht, zwei verschiedene Fragen. Wir bleiben bei der letztern stehen, da rücksichtlich der erstern, und daß man einem Dritten ohne seine Einwilligung keine Verpflichtung auferlegen könne, die ihren Grund einzig in der Uebereinkunft der Contrahenten haben würde, wohl kein Zweifel seyn wird. Was aber die sehr practische Frage: kann man den Vortheil eines Dritten zum Vertragsge-

---

K. Bucher das Recht der Forderungen. Leipz. 1830. 2te Aufl. §. 76. ff.

k) Schweppe Röm. Priv. Recht §. 126. (2te Ausg.)

genstande machen? anlangt, so muß sie allerdings bejahet werden. Man merke indessen: der Dritte erlangt erst dann ein Recht, wenn er dem Vertrage mit Bewilligung der Contrahenten beigetreten ist, und von dem Augenblicke des erklärten Beitritts an. Bis also dieser Beitritt erfolgt ist, steht es den Vertragschließenden frei, was sie zum Vortheile des Dritten verabredet haben, unter sich beliebig zu ändern, oder gar aufzuheben. So kann also (ein Fall, der bei den Güterabtretungen der Landleute öfters vorkommt), wenn der Käufer Personalschulden des Verkäufers loco pretii zur Berichtigung übernommen hat, der letztere des dießfalls sich vorbehaltenen Hypothekenrechts ohne weiters wieder sich begeben, wenn der Personalgläubiger bei dieser Novation nicht concurrirt hat. Z. B. A verkauft sein Gut an seinen Sohn für 8000 fl.; 4000 fl. hat der Käufer bei der Kaufsbeschreibung baar bezahlt, wegen der übrigen 4000 fl. ist aber ausgemacht worden, daß sie folgendermassen berichtigt werden sollen:

1) 3000 fl. haften als eine ältere Hypothek-Schuld auf dem Gute, welche der Käufer als Schuldner übernimmt,

2) 600 — schuldet A dem B auf ein Chirographum,

3) 400 — sollen fristenweise an A bezahlt werden.

Wegen der 1000 fl. ad 2. und 3. behält sich nun der A das Hypothekrecht bevor, und sie werden kraft dieses Vorbehalts nächst den 3000 fl. in das Hypothekenbuch vorstehendermassen eingetragen. Nun begibt es sich, daß dem kaufenden Sohne das Capital der 3000 fl. aufgekündigt wird. Hiezu und zur Bezahlung einiger andern Schulden bedarf er eines Anlehens von 3800 fl., das ihm aber nur gegen Erlangung der ersten Hypothekstelle gegeben werden will. Die ad 2. und 3. intabulirten

Posten müssen also die Priorität einräumen, und ob der Vater A nur in Ansehung der 400 fl., oder auch in Rücksicht der 600 fl. ohne Zustimmung des B hierzu berechtigt ist, muß nach der obigen Regel beantwortet werden. Ist B der zu seinem Besten geschehenen Hypothek-Bestellung mittelbar oder unmittelbar nicht beigetreten, so ist dieselbe eine **res inter alios acta**, und der Verzicht auf die Hypothekstelle, ja auf das ganze Hypothekrecht, kann von dem A ohne des B Einwilligung gültig erfolgen. Allein der Hypothekenbeamte kann hier doch nicht leicht zu vorsichtig verfahren, wenn er sich nicht einer Verantwortung aussetzen will, zumal wenn schon einige Zeit verlaufen ist, und die Vermuthung nicht unwahrscheinlich ist, daß der Gläubiger B von seiner bessern Versicherung Wissenschaft erlangt und darum vielleicht länger Credit gegeben hat. Dieß wäre unter andern dann nicht unwahrscheinlich, wenn er von dem kaufenden Sohne schon Zinszahlungen angenommen u. s. w. Der Hypothekenbeamte muß also hiernach genaue Erkundigung anstellen, und wenn die Sache irgend bedenklich ist, den B mit seiner Erklärung vernehmen.

D. Legitimation zum Prozesse [1]).

§. 68.

Erfordernisse dieser Legitimation überhaupt.

Wer die Angelegenheiten eines Andern namentlich vor Gericht besorgt, thut dieses

entweder aus allgemeiner Verpflichtung zur Fürsorge für einen unfähigen Geschäftsberechtigten — als dessen Vormund oder Pfleger —,

---

1) Siehe §. 3.

oder aus besonderem Auftrage dieses Berechtigten, es sey nun daß der Auftrag hier von dem dazu fähigen Berechtigten unmittelbar (mandatum, Vollmachtsvertrag), oder im Falle der Unfähigkeit mittelbar durch den Vertreter desselben (actorium) ertheilt wird. Jeder nun, der auf eine oder die andere Weise für einen Andern vor Gericht handelt, muß sich sowohl gegen den Richter [dem an der Richtigkeit des Legitimationspunkts liegt, um nicht zu einer nichtigen Handlung mitzuwirken m),] als gegen die Partei, mit welcher das Geschäft vorgenommen wird, seiner Befugniß wegen ausweisen, der Vormund oder Pfleger durch sein *tutorium* oder *curatorium*, der Bevollmächtigte durch eine Vollmachtsurkunde. Denn ohne schriftliche Vollmacht kann wenigstens vor Gericht nichts verhandelt werden. — Daß übrigens der Bevollmächtigte (Gewalthaber, mandatarius, procurator) in eigenen Sachen geschäftsfähig, also namentlich großjährig seyn müsse, bestimmen die Gesetze n).

Eine Vollmacht muß die gesetzlichen Erfordernisse einer Willenserklärung haben; es darf insonderheit an ihrer Glaubwürdigkeit und Vollständigkeit nichts fehlen. Sie ist glaubwürdig, wenn an ihrer Aechtheit, also an der Gewißheit des angeblichen Ausstellers kein Zweifel obwaltet; vollständig, wenn nichts von demjenigen fehlt, was zur unzweideutigen Bezeichnung dessen, der den Auftrag ertheilt und der ihn übernimmt, und des Zwecks, zu welchem der Auftrag ge-

---

m) Der Richter besorgt daher auch den Sach- und Prozeß-Legitimations-Punkt von Amtswegen. Martin's Lehrb. des Prozesses §. 37. 76. (X. Ausg.)

n) Cap. 5. fin. de procurator. in 6to.

schieht (Identität der Personen und des Gegenstandes), erforderlich ist.

Was die Authenticität anlangt, so kommt es lediglich auf particularrechtliche Bestimmungen an, ob neben der Unterschrift des Machtgebers auch noch die Beifügung seines Siegels o) erforderlich; ferner ob und wann hauptsächlich eine gerichtliche Vollmachtsausstellung nothwendig, eine aussergerichtliche also nicht zureichend ist p). Da indessen die vor Gericht oder vor einem Notar ausgestellte Vollmacht in der Regel jeden Zweifel in deren Aechtheit am zuverlässigsten entfernt, so wird man besonders in wichtigen Fällen nicht

---

o) Nach gemeinen Rechten ist die Beifügung eines Siegels nicht nothwendig, doch hält man sie für räthlich, und wenn man sich eines fremden Siegels bedient, so ist dieß zu bemerken: "Urkundlich habe ich diese Vollmacht eigenhändig "geschrieben und unterschrieben (oder: unterschrieben) und "in Ermangelung meines gewöhnlichen Petschafts (Familien-Siegels) mit dem Petschaft des "Hrn. N. mit dessen Genehmhaltung untersiegelt ꝛc."

Stryk in caut. contract. I. 6. §. 20.

(v. Trützschler's) Anweis. zu rechtl. Aufsätzen II. S. 407.

p) Das preuß. L. R. fordert (Th. I. Tit. 13. §. 99. ff. u. 115.), daß eine Specialvollmacht, worauf etwas gerichtlich verhandelt werden soll, gerichtlich oder vor einem Notar ausgestellt werde, eine Specialvollmacht aber in folgenden Fällen: 1) zur Erlassung von Eiden; 2) zu deren Ableistung in die Seele des Machtgebers; 3) zur Annahme eines Schiedsrichters; 4) zur definitiven Abschließung eines Vergleichs; 5) zu Cessionen und Verzichten; 6) zur Erhebung von Geldern; 7) zur Veräusserung oder Ankaufung von Grundstücken; 8) zu Intabulations- oder Löschungsbewilligungen im Hypothekenbuch Namens des Gutsbesitzers, resp. Gläubigers; 9) zu Schenkungen aller Art.

unterlassen, auf der Beibringung einer dergleichen Vollmacht zu bestehen.

Eine in nachstehender einfacher Form ausgestellte Generalvollmacht erschöpft alles, was zu deren Vollständigkeit gehört:

> Ich bevollmächtige für mich und meine Erben den Herrn N, meine Angelegenheiten als Miterbe an der Verlassenschaft des N. zu N. sowohl bei dem königl. Landgericht N. als sonst statt meiner zu besorgen.

Das nämliche gilt auch von folgender Specialvollmacht:

> Ich ertheile dem Hrn. N. hiermit den Auftrag, die von dem N. auf Schuldverschreibung d. d. . . . . an mich zu bezahlenden dreitausend Gulden rheinl. sammt Zinsen statt meiner zu erheben (und darüber unter Rückgabe des Obligationsdocuments zu quittiren.) q) N. den . . .
>
> L. S. Friedrich Christian Schwabe,
> Tuch-Fabrikant dahier.

Sollen diese Vollmachten gerichtlich ausgestellt werden, so wird entweder nach dem Inhalte derselben die Vollmacht zum Protokoll aufgenommen und ausgefertigt, oder auf den Grund eines Recognitions-Protokolls ein Recognitions-Attest der Privatvollmacht beigefügt. (§. 30. IV.)

Die oben angegebenen Muster von Vollmachten enthalten nicht mehr als ein Blanquet; dieses muß aber auch, wenn es recht seyn soll, die bemerkten Erfordernisse ausdrücken r), und dann bedarf es auch keiner

---

q) Der inclavirte Beisatz ist, als von selbst in der mandirten Handlung begriffen, überflüssig.

r) Danz Grundsätze des ord. Prozesses (IV. Ausg.) §. 133. Note ***.

Ausdehnung von Seiten des Bevollmächtigten, die, wenn sie nichts als bekannte Formalien ausdrückt, zwecklos ist, wenn sie aber auf wesentliche Befugnisse geht, die nicht in der Ausfertigung des Blanquet-Ausstellers enthalten sind, von keiner Gültigkeit seyn können, weil der Bevollmächtigte sich nicht selbst die Grenzen seiner Befugnisse willkührlich bestimmen kann s).

Der Vollmachtsauftrag kann in der Gestalt eines zweiseitigen Geschäfts ertheilt werden, am gewöhnlichsten erfolgt er in der Form einer einseitigen Willenserklärung.

Zu den nützlichen Clauseln einer Vollmacht gehören:

1) die Substitutions-Clausel t);

2) die Ausdehnung auf die Erben des Machtgebers (clausula heredum); denn sonst erlöscht die Vollmacht mit dem Tode desselben u);

3) die Hypothekar-Clausel an Orten, wo eine aussergerichtliche Verpfändung von Immobilien Statt findet; ausserdem gewährt sie so wenig Nutzen, als die Clauseln:

---

s) Boehmer in exerc. ad Pand. Tom. II. ex. 29. §. 2. sqq. 20. sq.

t) Stryk de caut. contr. Sect. II. c. 11. §. 8. Ein Mandatar zu aussergerichtlichen Geschäften kann ohne besondere Erlaubniß des Mandanten substituiren. L. 8. §. 3. D. mandati. C. 1. §. 2. de procurat. in 6to. wenn es ihm nicht ausdrücklich untersagt ist, oder die Natur des Geschäfts eine besondere, nur von dem Prinzipal-Mandatar zu erwartende Verwendung fordert. Stryk in V. M. tit. mandati (XVII. 1.) §. 12. Lauterbach in coll. theor. pract. eod. tit. §. 7.

u) Jüngster R. A. §. 99.

rati, grati, indemnitatis, welche sich von selbst verstehen;

cum libera ("ich gebe meinem Anwalt Macht und "Gewalt, alles dasjenige zu verrichten, was ich selbst "zu thun Fug und Macht habe") da diese generelle Clausel oder das s. g. Mandatum cum libera (gerendi s. administrandi potestate) durchaus die Stelle einer Specialvollmacht, da wo diese nothwendig ist, nicht vertritt, im übrigen aber der Mandatar ohnehin alles dasjenige verrichten kann, was zu dem ihm aufgetragenen Geschäfte gehört und der Machtgeber deßfalls hätte thun können v).

§. 69.

Von mehreren Bevollmächtigten, und von der Zulässigkeit präsumtiver Vollmachten.

Sind mehrere Bevollmächtigte zugleich (principaliter) nicht substitutionsweise bestellt, so kann dieses

1) ohne nähere Bestimmung ihres Concurrenz-Verhältnisses geschehen, — hier kann keiner ohne alle übrige das Geschäft vornehmen; oder

2) mit der Clausel sammt oder sonders (in solidum), — hier entscheidet die Prävention; oder

3) mit der Clausel sammt und sonders (conjunctim et separatim), — hier sind die Einzelnen nur dann gültig zu handeln befugt, wenn die Uebrigen weder können noch wollen w). Da übrigens diese Ausdrü-

---

v) v. Trützschler a. a. O. S. 406. §. 10.

w) c. 4. de procur. in 6to. Hofacker princ. jur. civ. III. §. 4290.

L. F. Dapp Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Prozeß (2te Aufl. Stuttg. 1828. 8.) §. 267. ff.

drücke dunkel sind, so ist es rathsam, sich derselben gänzlich zu enthalten, und was die eigentliche Absicht ist, in allgemein faßlichen Worten auszudrücken.

Der Fall, da auf den Grund einer vermutheten Vollmacht [also für Verwandte in auf- oder absteigender Linie, oder für Collateralen bis zum zweiten Grade, oder für gleich nahe Verschwägerte, so lange die, die Schwägerschaft begründende Ehe noch fortdauert, oder für die Ehefrau in Ansehung ihrer Receptitien x), oder für einen Streitgenossen, oder endlich kraft des unverdächtigen Besitzes der zur Sache gehörigen Urkunden y)] etwas zu verhandeln wäre, kann nur bei Geschäften, die aus mehreren einzelnen Handlungen bestehen, eigentlich zur Sprache kommen, z. B. bei der Regulirung einer Erbschaft. Bei einzelnen Acten, z. B. einer Vertragsvollziehung, Quittungsleistung u. dgl. findet dieß schon um deßwillen nicht Statt, weil eine Specialvollmacht erforderlich ist. Auch würde eben um deßwillen, weil denn doch die Anerkennung in alle Wege noch nachgeholt werden müßte, selbst bei sicher zu hoffender Beistimmung des Machtgebers nichts gewonnen, bei versagter Genehmhaltung aber eine ganz vergebliche Handlung vorgenommen worden seyn. Es ist daher sicherer für alle Fälle und zweckmäßiger, daß sich hier mit einem präsumtiven Bevollmächtigten von Seiten des Gerichts gar nicht eingelassen wird, zumal da ja

---

x) Da rücksichtlich des Heirathsguts und, wo nicht besondere Landesgesetze ein Anderes bestimmen, auch rücksichtlich der Paraphernalien der Mann resp. als Civileigenthümer und als Verwalter aus eigenem Rechte handelt.

y) Danz a. a. O. §. 140. fg.
v. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens (4te Aufl.) S. 77.

doch bei dessen Zulassung erwartet werden müßte, daß er im Fortgange des Geschäfts oder wenigstens vor dessen gänzlicher Beendigung die förmliche Vollmacht noch beibrächte z). Indessen können sich Fälle ereignen, wo es gleichwohl rathsam ist, auch bei einem einzelnen Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen vermuthlichen Machthaber mit Zustimmung des andern contrahirenden Theils zuzulassen. Hieher gehört:

1) wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, und der aus einer Verzögerung entstehende Nachtheil für den Machtgeber mit der Besorgniß, einen vergeblichen Act vorzunehmen, weder seinem Belange noch seiner Wahrscheinlichkeit nach im Verhältnisse steht; z. B. bei einem für den Machtgeber wohlthätigen Geschäft, dessen gerichtliche Vollziehung der andere Contrahent ohne Aufschub vorgenommen wissen will, weil er eine weite Reise vorzunehmen hat.

2) Wenn der Gegenstand von der Art ist, daß er nicht auf die Gültigkeit des Hauptgeschäfts Einfluß hat, und unbeschadet desselben nachher eine Veränderung zuläßt; z. B. die Einwilligung eines Erbschaftsgläubigers in die Vertheilung seiner Forderung bei der Aufnahme des Erbtheilungs-Rezesses. Willigt also hier der großjährige Sohn des Z, der eine Forderung von 500 fl. an die zu vertheilende Verlassenschaft des A hat, ein, daß von den Erben B, C, D der letztere diese Schuld für Rechnung seines Mehrempfangs aus der Massa zur Berichtigung übernehme; so kann der Erbrezeß hiernach gar wohl abgeschlossen werden. Denn wenn die Ratification des Z auch nicht erfolgt, so kann ein leichtes Rechnungs-Manöuvre die Sache in Richtigkeit bringen.

---

z) Danz l. c. §. 141.

§. 70.

Von General- und Specialvollmachten.

Man theilt die Vollmachten, nach Verschiedenheit I. ihres Gegenstandes und II. der dem Machthaber ertheilten Gewalt, in General- und Specialvollmachten [a]), und versteht unter einer Generalvollmacht:

a) auf I. diejenige, welche auf alle und jede, den Gewaltgeber betreffende, sowohl gegenwärtige als künftige Prozesse, (wenn von Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit die Rede ist), oder Handlungen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, [z. B. "die gerichtliche oder aussergerichtliche Besorgung aller, meine Person und mein Vermögen betreffenden Geschäfte, soweit sie sich nicht zum Rechtsstreit eignen" [b])];

b) auf II. diejenige, welche auf Betreibung einer streitigen resp. nichtstreitigen Rechtssache überhaupt gerichtet ist, z. B. einer Gemeinheitstheilungs- oder Kriegskostenausgleichungs-Angelegenheit, ohne daß gewisse einzelne, bei deren Verhandlung vorkommende, Geschäfte ausgedrückt sind.

Eine Specialvollmacht ist:

c) auf I. diejenige, welche nur auf einen einzigen Rechtsstreit resp. ein einzelnes Rechtsgeschäft geht,

---

a) Glück's Pand. Commentar V. §. 401.

b) Wäre die letztere Beschränkung: soweit ꝛc. nicht beigefügt, so würde der Bevollmächtigte als Procurator universalis für seinen Prinzipal alle Geschäfte der streitigen sowohl als nichtstreitigen Geschäfte, jene nach den Umständen durch Aufstellung eines Rechtsanwaltes besorgen können, ohne zu irgend einem einer Specialvollmacht zu bedürfen, soweit nur der Nutzen des Prinzipals oder die Natur des Auftrags das Geschäft mit sich brächte. Glück l. c. Not. 15.

z. B. die Abschließung eines Kaufs, Empfangnehmung eines Capitals ꝛc.

d) auf II. diejenige, in welcher die Handlungen, die bei der Besorgung der Sache vorkommen, besonders ausgedrückt sind, z. B. Eide zu deferiren, Vergleiche abzuschließen, das Rechtsmittel der Appellation einzuwenden, oder, bei einem Kaufcontract, die Kaufgelder zu erheben, gewisse pacta adjecta einzugehen.

In der Praxis wird eine Specialvollmacht vorzüglich diejenige genannt, welche auf solche Handlungen gerichtet ist, die wegen des dem Machtgeber daraus entstehenden bedeutenden Präjudizes ohne besondere ausdrückliche Willenserklärung desselben von dem Bevollmächtigten nicht unternommen werden können, auch aus der Vollziehung des Generalauftrags nicht nothwendig folgen. (Vergl. vorige Seite Note b.). Dahin gehört: die Erhebung von Geldern, die Veräusserung eines Grundstücks, oder dessen Verpfändung, die Verzichtleistung auf einen Anspruch, da z. B. aus dem allgemeinen Auftrag: der Machthaber solle meine Rechte bei einer gerichtlichen Kaufsverlautbarung, bei einer Erbschaftsregulirung u. s. w. besorgen, noch keineswegs folgt, daß er auch Geschäfte der bemerkten Art müsse vornehmen können. Auch folgt zwar aus dem Auftrag, ein Capital von meinem Schuldner zu erheben, daß er das Document quittirt zurückgebe, keineswegs aber, daß er durch Cession an einen Dritten mir mein Geld schaffe, sofern mir dadurch irgend Verpflichtungen gegen den Cessionar aufgeladen würden, deren ich überhoben bin, wenn ich von meinem Schuldner unmittelbar mein Geld zurückerhalte.

Eine Vollmacht, die in Ansehung der dem Bevollmächtigten ertheilten Gewalt eine besondere ist, kann in Ansehung ihres Gegenstandes eine allgemeine

seyn, wenn ich z. B. dem Titius den Auftrag ertheile, alle meine ausstehenden Capitalien einzuziehen. Eine solche ihrem Gegenstande nach allgemeine, rücksichtlich der Geschäftsbefugniß des Mandatars aber specielle Vollmacht genügt also auch für einzelne, nicht besonders ausgedrückte Forderungen.

§. 71.

Von Syndicaten.

Wenn eine Gemeinheit (Corporation, Innung, Universitas) eine Vollmacht ertheilt, so nennt man dieses ein Syndicat und den Bevollmächtigten selbst einen Syndicus c). Da eine dergleichen Universitas nicht stirbt, so fällt auch die Clausel von den Erben weg, statt deren gewöhnlich die der Nachkommen gebraucht wird, wovon sich jedoch kein Nutzen absehen läßt. Zu den Erfordernissen einer dergleichen Vollmacht gehört:

a) daß sie gerichtlich oder wenigstens vor einem Notar aufgenommen werden muß, wenn die Universitas eine Zunft oder Dorfgemeinde ist d). Es kommt jedoch bei der Bestimmung dessen, was rücksichtlich dieser Form Rechtens ist, vor allen darauf an, was die organischen Gesetze einzelner Länder über das Gemeindewesen enthalten, oder was die besondere Verfassung einer jeden Gemeinde mit sich bringt. Daß im übrigen Städte mit ordentlicher magistratischer Verfassung ihre Vollmachten ohne Concurrenz der Gerichte ausstellen können, leidet

---

c) Chladen Singularia quaedam de syndicis etc. Vitemb. 1757.

H. C. Winter (s. Henne) de differentiis inter procuratorem et syndicum veris et spuriis. Erford. 1770.

d) Glück's Pand. Commentar V. S. 316.

wohl keinen Zweifel, da es sich hier nicht von einem Acte der gemischt freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern nur von der Beglaubigung handelt.

b) Daß sämmtliche Corporationsglieder unter gehöriger Eröffnung des Zwecks ihrer Vorladung zusammenberufen werden, von selbigen wenigstens zwei Drittheile erscheinen, und diese durch Stimmenmehrheit den Beschluß zur Vollziehung des Syndicats fassen, selbiges auch wirklich vollziehen e).

Es versteht sich übrigens von selbst, daß wenn das von dem Syndicus zu vollziehende Geschäft von der Art ist, daß es der Genehmigung der vorgesetzten Behörde bedarf, z. B. die Veräusserung eines Gemeindeguts, so wie die Führung eines Prozesses aus gemeindlichem Säckel, dieser Punkt vor allem in Richtigkeit seyn muß; denn er gehört zu der Legitimation zur Sache.

Fünftes Kapitel.

Gegenstand des Rechtsgeschäfts.

§. 72.

Uebersicht und allgemeine Erfordernisse.

Nachdem wir im vorigen Kapitel die Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts in Ansehung des Subjects desselben betrachtet haben, gehen wir nun zu dessen Inhalt oder zur Erörterung der Frage:

was ist Gegenstand der Willkühr des Rechtsge-

---

e) v. Trützschler l. c. S. 414. §. 20. ff. Ueber das Verfahren bei der Aufnahme einer Gemeinde-Vollmacht s. auch Formular Lit. C.

schäfts-Subjects geworden, und wie hat sich diese Willkühr geäussert?

Hier muß also zuvörderst der Gegenstand des Rechtsgeschäfts erörtert werden, worauf von der Art und Weise, wie es zu Stande gekommen, oder von der Form, in der sich die Willkühr der Interessenten geäussert hat, (in dem folg. Kap.) die Rede seyn wird.

Jedes Rechtsgeschäft muß

1) auf etwas wenigstens beziehungsweise Bestimmtes gerichtet, auch nicht ohne alle Realität seyn. Ungültig sind also Verabredungen ohne einen bestimmten Gegenstand, oder solche, deren Erfüllung für den Berechtigten ganz ohne Interesse ist.

2) Es darf nicht schlechthin von der Willkühr dessen, der eine Verpflichtung übernimmt, abhängig gemacht seyn, ob und wie er sie erfüllen wolle [f]; nur in Ansehung der Zeit der Erfüllung geht dieß an [g]. Doch kann auch die Art der Erfüllung zu bestimmen, dem Verpflichteten überlassen werden, nur nicht geradehin nach reiner Willkühr, sondern nach seinem billigen Ermessen [h]. Eine unbillige Bestimmung kann alsdann im Wege Rechtens angefochten werden [i]. Dagegen findet es allerdings Statt, nach näherer Bestimmung des Gegenstandes durch den Ausdruck des Zweckes die reine Willkühr des Berechtigten oder eines Dritten zur Norm anzunehmen [k].

---

f) Glück's Commentar IV. §. 303.

g) L. 46. §. 4. D. de fideic. libert.

h) L. 75. pr. D. de leg. I.

L. 7. pr. de contrah. emt.

i) Thibaut Syst. des P. R. §. 155.

k) Schweppe Röm. Priv. R. §. 414.

3) Der Gegenstand muß physisch und rechtlich in die Willkühr des Subjects des Rechtsgeschäfts gelegt seyn. Ausgeschlossen sind daher

a) physisch unmögliche, so wie

b) rechtlich unmögliche Handlungen, nämlich solche, welche den Gesetzen und guten Sitten zuwider laufen, oder die Rechte eines Dritten beeinträchtigen; aus eben dem Grund auch

c) die Verfügung über Sachen, die dem Verkehr entzogen sind.

§. 73.

Von Sachen, die dem Verkehr entzogen sind, und zwar α) absolut.

Es ist bekannt, daß gewisse Sachen schlechthin dem Verkehr entzogen sind, weil sie aus physischen oder rechtlichen Gründen kein Gegenstand des Privateigenthums und der Verfügung der Einzelnen werden können, ohne aufzuhören, das zu seyn, was sie von Natur oder nach ihrer Bestimmung sind. Hieher gehören: die Gegenstände des allgemeinen Gebrauchs für jeden Menschen überhaupt (res communes) oder für jeden Menschen eines gewissen Staats oder einer Gemeinheit (res publicae), sofern sie nicht im Privateigenthume des Staats oder der Gemeinheit als moralischer Person sich befinden (Staats- oder Gemeindeeigenthum, patrimonium populi, res universitatis); ferner: dem Gottesdienst unmittelbar (sacrae) oder mittelbar (ecclesiasticae) gewidmete Sachen; Sachen, die zu einem frommen Zwecke bestimmt sind, namentlich zur Leichenbeerdigung (religiosae) l), besonders beschützte und daher

---

l) Heut zu Tage zweifelt niemand daran, daß, wenn auch die Gottesäcker oder Leichenhöfe nicht in commercio sind, so

in einem höhern Grade unverletzliche und mehr Achtung gebietende Gegenstände, (sanctae — befriedete) — überall als solche; Hoheitsrechte in Beziehung auf Privatbesitz; die persönliche und Gewissensfreiheit; Rechte, die bloß an die Person des Inhabers gebunden sind, (jura personalissima), z. B. Aemter und Würden [m]); Gewerbsrechte, die bloß auf persönlicher Verleihung beruhen.

Wenn diese Gegenstände bei dem ersten Anblick an sich soweit ausser dem Verkehre zu liegen scheinen, daß deren besondere Erwähnung, vornämlich in einer practischen Abhandlung für überflüssig gehalten werden mag, und wenn selbst die Art, wie deren Theorie hin und wieder behandelt und mit, freilich oft unpractischen Beispielen belegt wird, (e. gr. daß nur ein römischer Sclave in commercio sey, nicht ein freier Mensch [n])) dieses Urtheil zu bestärken scheint: so muß uns dieß dennoch nicht verleiten, das dießfalls zu Bemerkende bloß für theoretische Spielerei zu halten. Wir würden sonst dem großen Haufen gemeiner Practiker folgen, die nur

---

lange sie ihrer Bestimmung gemäß gebraucht werden, doch die darin befindlichen Grabstätten vererblich und veräusserlich sind.

m) Daher gewährt die Verpfändung eines Adelsbriefs, eines Ordenskreuzes dem Pfandnehmer keine, oder doch nur eine sehr prekäre Sicherheit, indem der eigentliche Zweck eines Pfandes, Befriedigung der Forderung durch dessen Veräusserung, wenigstens durch Verkauf, nicht zu erreichen ist.

n) Freilich ist es schon geschehen, daß freie Menschen zu kaufen gesucht worden sind. Es ist noch nicht sehr lange her, daß man öfters in öffentlichen Blättern las: "zur Bildung "eines Patrimonialgerichts werden so und so viel Unterthanen zu kaufen gesucht." — Allein dieß hatte doch etwas anderes zu bedeuten, wenn es schon eben nicht gut klang.

nach den täglichen Erscheinungen einen Maßstab für das vermeintlich Brauchbare und Unbrauchbare aus dem Gebiete der Theorie sich zu machen pflegen. Es fehlt ganz und gar nicht an Geschäften im bürgerlichen Leben, deren Haltbarkeit nur mit dem Maßstabe dieser Grundsätze geprüft werden kann. Ueberhaupt ist es ein großer Fehler, wenn manche Practiker einen theoretischen Satz bloß darum, weil sie dessen oft sehr fruchtbare Folgen nicht sogleich mit Händen greifen, für steril halten. Daher rührt es denn, daß man nicht selten den Weg vom Besondern zum Allgemeinen nicht findet, und unter dunkeln Gefühlen, daß etwas recht oder nicht recht sey, herumschwankt, also wenn Meister Stapf eigenmächtig ein Loch durch die Stadtmauer, die ihm zufällig zugleich zur Wand seines Hauses dient, bricht, um sich einen bequemen Eingang in seinen Garten zu verschaffen, nicht gleich sich zurecht zu finden weiß, ob ihm dieses gewehrt werden könne oder nicht.

§. 74.

B) Relativ.

Beziehungsweise kann eine Sache dem Verkehr entzogen seyn,

a) in Rücksicht auf die Person des Besitzers, wohin Pupillen- und Dotalgüter gehören;

b) in Rücksicht auf die Person des Erwerbenden, indem er eine Sache dieser Art nicht besitzen darf. Hieher gehören die oben (§. 57. n. 10—14.) bemerkten Fälle. Aber auch

c) ausser diesen Rücksichten können Sachen dem Verkehre beziehungsweise entzogen seyn:

1) aus Gründen, die in einem beschränkten Besitztitel liegen. Wenn die Sache nicht im Alleineigenthu-

me des Rechtssubjects, oder dessen Eigenthum unvollständig oder eingeschränkt ist, so ist auch dessen Verkehr damit beschränkt. Dergleichen beziehungsweise Statt findende Verkehrshindernisse sind die Lehenbarkeit, die Eigenschaft eines Stamm- oder Fideicommißgutes, der Besitz aus einem revocabeln Titel z. B. **sub pacto reservati dominii, de retrovendendo** u. s. w. Da wo das Hypothekenwesen solid eingerichtet ist, müssen dergleichen specielle Verkehrshindernisse, um gegen einen Dritten wirksam zu werden, in dem Hypothekenbuche auf das damit beschwerte Immobile eingetragen seyn, und man darf also nur dieses zu Rathe ziehen.

2) Wenn die nothwendige Erhaltung für den Zweck ihrer Bestimmung gewisse Sachen absolut dem Verkehr entzieht, so können die nämlichen Sachen wiederum als relativ veräusserlich erscheinen, wenn jener Zweck auf andere Weise, und so, daß die Veräusserung selbst die Mittel dazu gibt, erreichbar ist. Sind also **res sacrae, sanctae, religiosae** als solche schlechthin unveräusserlich, so findet gleichwohl deren Veräusserung nach Aufhebung jener Eigenschaft zum profanen Gebrauche Statt, jedoch nur unter gewissen Voraussetzungen. Dieß ist auch der Fall bei Kämmerei-, Gemeinde- und Domainengütern.

3) Durch das Gesetz unmittelbar, aus Gründen des gemeinen Wohls oder zur Abwendung besorglicher Gefährde können gewisse Sachen vom Verkehr ausgenommen seyn. Dahin gehören: a) Theile eines consolidirten Gutskörpers; b) Materialien aus einem Gebäude, sofern als sie nothwendige Theile seiner Substanz oder Haltbarkeit sind (**tignum junctum**); c) die Erbschaft eines Lebenden; d) contrebande Waaren; e) Früchte auf dem Halm.

4) Auch durch Privatwillkühr können Sachen dem Commerz entzogen werden.

§. 75.

Wiefern die Verkehrshindernisse gehoben werden können.

Es gibt keine Sache, die an sich Gegenstand des Privateigenthums oder des ausschließlichen Gebrauchs seyn kann, welche nicht auch zugleich im Commerz wäre. So sind z. B. schon Monstranzen, Kelche, Meßgewänder und andere geheiligte Dinge Gegenstand der Veräusserung geworden, oft wohl in sehr unheilige Hände gekommen. Alles hängt davon ab, ob der Grund nicht mehr wirksam ist, weßhalb das Gesetz oder die Willenserklärung das Verkehr damit untersagt hat, es sey nun, daß die bei dem Verbote Betheiligten eingewilligt oder überwiegende Gründe dessen Aufhebung rathsam gemacht haben. Es haben aber die Gesetze, theils wegen der wichtigen Folgen des Verkehrs mit dergleichen Gegenständen, theils wegen der Schwierigkeit der Consenseinhohlung von sämmtlichen Betheiligten, gewisse Feierlichkeiten zur Gültigkeit eines solchen Geschäfts vorgeschrieben, die man sich bei dessen Behandlung besonders zu merken hat. Dieß ist namentlich der Fall bei der Veräusserung von Sachen, die unmittelbar oder mittelbar einen gottesdienstlichen Zweck haben. Das wesentlichste Erforderniß zu ihrer Veräusserung ist die Entbehrlichkeit für ihre Bestimmung oder der überwiegende Vortheil, der aus der Veräusserung für den Zweck ihrer ursprünglichen Bestimmung selbst entspringt. Stiftungs-, Communal-, Domainen-Güter sind aus gleichem Grunde veräusserlich; nur muß überall die Entbehrlichkeit und der Vortheil von den Interessenten geprüft und darauf ein rechtsgültiger Beschluß gefaßt werden, also im verfassungsmäßigen We-

ge je nach den Umständen: von kirchlichen Obern, Repräsentanten der Gemeinden, Agnaten, Landständen ꝛc. Was von der Veräusserung des Eigenthums gilt, gilt auch von der Verpfändung und von jeder den Substantial- oder den Nutzungswerth schmälernden Belastung.

Ist der Gegenstand ein Lehen, so ist die Einwilligung des Lehensherrn und der Lehensfolger erforderlich. Bei Bauergütern wird da, wo ein getheiltes Eigenthum eintritt, die Einwilligung des Obereigenthümers je nach Verschiedenheit der, durch die ursprüngliche Verleihung (Verstiftung) oder durch Herkommen begründeten Rechtsverhältnisse gefordert, wovon im folgenden §. mit mehrerem. Stammgüter (bona avita) können zwar an Familienglieder frei, an Fremde aber nur mit Consens aller Familienglieder veräussert werden; Familienfideicommisse bedürfen zu ihrer Veräusserung und Belastung nicht nur der Einwilligung der sämmtlichen Interessenten, sondern auch der landesherrlichen Bestätigung. — So oft also der Fall einer Veräusserung in einer der bemerkten verschiedenen Beziehungen vorkommt, muß sich der Richter die einschlagenden partikularrechtlichen und verfassungsmäßigen Erfordernisse bekannt machen, und besonders in der Registratur nachsehen, ob sich nicht ähnliche Fälle auffinden lassen, die ihm dann zum Wegweiser dienen können. — Von den Modalitäten bei der Veräusserung eines Pupillenguts wird in der Folge gehandelt werden. Daß ein fundus dotalis mit Einwilligung der Frau veräussert werden könne, wird in der Praxis nicht bezweifelt. Es wird aber vorausgesetzt, daß dringende Umstände der Veräusserung eintreten, deren Nichtbeseitigung mit dem Zwecke selbst unverträglich seyn würde, den die gesetzliche Prohibitiv-Sanction bezielt. Nur muß auch die Einwilligung der Frau auf eine Art sich kund geben, daß die aus der "fragilitas

naturae mulieris," wie das Gesetz o) sagt, entstandene Besorgniß beseitigt erscheint (§. 37. V. VI.). — Bei Dismembrationen gebundener Güter ist neben der Genehmigung der Landespolizei-Behörde (die wie jede dergleichen Genehmigung natürlich eine genaue Untersuchung und Prüfung ihrer Zweckmäßigkeit voraussetzt, vornämlich, sofern sie im Dominical-Nexus stehen, der Consens des Gutsherrn einzuhohlen. Verträge über die Erbschaft eines Lebenden werden nur unter dessen, bis zu seinem Tode fortgesetzter Einwilligung gültig p); Früchte auf dem Halm sind in sofern verkäuflich, als der Käufer den Marktpreis zur Zeit der Ernte stipulirt q).

Was diesen Verkauf der Früchte auf dem Halm betrifft, so finde ich mich hier zu der Bemerkung veranlaßt, daß selbiger nicht sehr practisch ist. In der erlaubten Form ist nichts dabei zu profitiren, und die verbotene ist mit zu viel Risico und Aufsehen verbunden, als daß sich ein Speculant, Jude oder Christ, damit einließe. Gewöhnlicher, aber noch verderblicher ist ein verwandtes Geschäft, der Geldborg auf die Früchte künftiger Jahre, der besonders in Gegenden, wo Juden unter dem christlichen Landvolke vermischt wohnen, in der Gestalt eines Pachtvertrags sehr gewöhnlich ist. Der Jude pachtet nämlich von dem Bauer für ein demselben gegebenes Darlehen einen Theil seiner Feldgüter, Aecker und Wiesen, auf 3, 6, 9 Jahre. Durch den Pachtschilling werden Kapital und Zinsen getilgt. Der Jude baut aber die Grundstücke nicht selbst, sondern gibt sie gewöhnlich zu enormen Prei-

---

o) L. un. §. 15. C. de rei ux. act. (5, 13.).

p) L. ult. C. de pactis (II. 3.).

q) R. Pol. Ordn. de 1548. Tit. 19.

sen, — wenigstens im Verhältniß zu dem s. g. Pachtschillinge, — wieder in Afterpacht. Es ist mir vorgekommen, daß der leichtsinnige Verpächter selbst wieder als Afterpächter, wenigstens durch die dritte Hand, dabei erschienen ist. In Bayern ist aber den Juden das Pachten von Grundstücken auf Afterverpachtung verboten; daher wird das Geschäft verkleidet. Es wird nämlich, weil dasselbe der Behandlung vor dem Hypothekenbuche wegen bei Gericht zur Anzeige kommen muß, folgendermassen verlautbart: "der Bauer Michel (also scheinbar nicht der Jude) "verpachtet von den zu sei-"nem Hofe gehörigen Grundstücken auf 6 Jahre den "Acker a an Kunz für ein jährliches Pachtgeld von "15 fl. — die Wiese b an Friedel für ein dergleichen "von 25 fl. u. s. w. Den jährlichen Gesammt-Pacht-"schilling mit 85 fl., und auf die 6 Pachtjahre mit 510 fl. "cedirt er an den Juden Jantoff, von dem er die "Valuta baar erhalten." — Der einfältige Michel hat aber nur 300 fl. erhalten und ist also schrecklich übervortheilt. Es wird ihm auch schwer genug werden, den Beweis der betrügerischen Simulation gegen das gerichtlich abgeschlossene Geschäft zu führen. Uebrigens läuft der Jude bei der allmählichen Pachtgelderzahlung keine Gefahr, denn er hat schon dafür gesorgt, daß die angeblich pränumerirte Pachtgelder-Zahlung von 510 fl. auf des Bauers Gut in das Hyp. Buch eingetragen worden ist.

Ehe das Verkehrshinderniß gehoben ist, kann der Richter das Geschäft vor sich weder vollziehen lassen, noch weniger demselben die Bestätigung ertheilen, selbst nicht auf Gefahr der Interessenten. Auch die eben so widersinnige als zwecklose salvatorische Clausel (Seite 133.) würde die Sache nicht besser machen, oder den Richter der Verantwortlichkeit überheben, wenn dadurch jemand im guten Glauben auf seine Autorität und weil

man weiß, daß jene Clausel gewöhnlich auch da beigefügt wird, wo an der Gültigkeit des Geschäfts nicht gezweifelt werden kann, getäuscht werden sollte. Es müssen daher die Contrahenten vor allen deutlich und mit unzweideutigen Ausdrücken auf das obwaltende Hinderniß aufmerksam gemacht, und was sie zu dessen Hebung zu thun haben, mündlich zum Protokoll oder schriftlich durch ein motivirtes Decret bedeutet werden.

§. 76.

Ueber die Veräusserungsbeschränkungen der Besitzer von Bauergütern.

Der Verkehr, welcher den Besitz, die Veräusserung oder Verpfändung des bäuerlichen Grundeigenthums angeht, gehört zu den am häufigsten vorkommenden Geschäftsgegenständen der Gerichte, für welche diese Abhandlung zunächst bestimmt ist, nämlich der Untergerichte, und unter diesen der für das platte Land. Eben deßhalb ist auch die Materie von der Veräusserungs-Beschränkung der Besitzer solcher Güter eine von den vorzüglich fruchtbaren. Dieß wird einiges Verweilen bei der Frage rechtfertigen:

wiefern ist der Bauer rücksichtlich der Veräusserung, Belastung oder Verpfändung seines Gutes beschränkt oder nicht?

Man kann nirgends mehr Gefahr laufen, durch übereilte Formirung und Anwendung allgemeiner Regeln zu irren, als in der Theorie von dem Rechte der deutschen Bauergüter und ihrer Besitzer r); denn diese Rechte beruhen ursprünglich auf Verträgen, also auf der wandelbaren Willkühr der Vertragschließenden, die sich

---

r) Vergl. Ersch Liter. der Jurisprud. u. Politik I. num. 2477 ff. II. num. 1673 ff.

sich gleichsam von einer Veränderung im Besitze zur andern fortvererbt hat. Hierzu kommt, daß die Colonat- oder ähnlichen grundherrlichen Verträge, welche von dem ursprünglichen Volleigenthümer mit dem Bauer über den Anbau und die Benützung eines Grundbesitzthums geschlossen wurden, in der Regel im Strome der Zeit untergegangen sind, und nur Spuren mittelst einer Art practischer Ueberlieferung zurückgelassen haben s), woran jedoch veränderte politische und staatswirthschaftliche Ansichten der gesetzgebenden Macht, und die durch die zunehmende Aufklärung begünstigte Regsamkeit der Nutzungseigenthümer in Benützung ihres Vortheils je nach Gelegenheit manche Veränderung wirkten. Es kommt also hier alles darauf an, den rechtlichen Besitzstand, das Herkommen und die Particulargesetze zu kennen, um in dieser Materie richtig zu urtheilen. Im Allgemeinen läßt sich Folgendes bemerken:

Wir haben bei der Würdigung des Daseyns und Umfangs eines Verkehrshindernisses hier dreierlei Hauptarten von Bauergütern in das Auge zu fassen: einmal solche, welche freies Eigenthum der Besitzer ohne alle Widerrede sind, dann solche, wo dem Besitzer nur ein unvollkommenes, oft sogar widerrufliches Eigenthum zusteht, endlich eine Mittelgattung, die sogenannten Erbmeier- und Erbzinsgüter. — Wir setzen also sofort bei Seite diejenigen Bauergüter, die im förmlichen Lehensverbande stehen (feuda rustica); denn daß

---

s) Die Zinsbücher ꝛc. der Gutsherren möchte ich nicht so schlechthin als Quellen gelten lassen, sondern nur in sofern, als besondere Gründe für ihre Beweiskraft die sonstige Regel von der scriptura privata pro scribente nihil probante unkräftig machen, oder wenn es dem Beweise contra scribentem gilt, alsdann freilich unbedingt.

hier der Vasall nicht willkührlich disponiren kann, ist von selbst klar. Dagegen leidet

1) die Frage, ob eine Beschränkung eintritt, ohne weiters eine verneinende Beantwortung bei den freieigenen Gütern des Bauers, die entweder auser Territorialabgaben gar keine Gefälle, oder nur einen sogenannten schlechten Zins (census constitutivus, im Gegensatze von einem vorbehaltenen — reservativus) entrichten. Denn bei diesen, übrigens nicht sehr häufig vorkommenden, Gütern ist ohnehin von einem getheilten Eigenthume keine Rede, und an der Veräusserlichkeit nach Willkühr des Besitzers als Volleigenthümers überall nicht zu zweifeln.

2) Aber eben so wenig kann auf der entgegengesetzten Seite über diejenigen Bauergüter noch eine Frage seyn, wo dem Bauer nur ein unvollkommenes, oft selbst widerrufliches Eigenthum zusteht, als wohin gehören: die sogenannten Temporalleihen, die Meiergüter, Leihgüter [t]) und in Altbayern [u]) diejenigen Güter, welche dem Bauer nur für seine Person (Leibrechtsgüter), oder auf die Lebenszeit des Grundherrn (Neustifts-) oder auf bloßen Widerruf (Herrngunst-Güter) verliehen sind. Denn hier tritt der Natur der Sache nach eine Dispositionsbeschränkung des Bauers ein. Aber eben in der Natur dieser Beschränkung liegt es zugleich, daß deren Nichtbeachtung, während sie Den allerdings gefährdet, der sich mit dem unvollständigen Besitzer in ein Verkehr einläßt, dem Gutsherrn sehr gleichgültig seyn kann.

3) Die Bauergüter, mit welchen wir es für unsern Zweck hier ausschließlich zu thun haben, sind solche,

---

t) Runde deutsches Priv. Recht §. 506.

u) J. A. Seuffert das Baurecht ꝛc. Würzb. 1819. 8.

welche im unwiderruflichen, bis auf die davon zu entrichtenden Abgaben und Leistungen unbeschwerten, mithin im vollständigen Eigenthume des Besitzers sich befinden, und gewöhnlich mit dem Namen Erbleih-, Erbmeier-, Erbzinsgüter belegt werden v). Ich weiß wohl, daß diese Vorstellung von der gewöhnlichen Theorie abweicht, wo man gleichsam unter Fortvererbung veralteter feudalistischer Vorurtheile und in dem frommen Wahne des bekannten **nulle terre sans Seigneur**, von dem Begriff eines Erbzinsherrn die Idee eines Obereigenthümers, im Gegensatze vom Erbzinsmann als bloßem Nutzeigenthümer, für unzertrennlich hält, und von einem getheilten Eigenthume, wie von einer ausgemachten Sache spricht. Es fehlt indessen dieser Theorie von einem Obereigenthum und getheiltem Eigenthume, wenn man daneben die Erscheinungen im wirklichen Leben betrachtet, in der That an aller Realität. Denn fragt man nach den Befugnissen des s. g. Obereigenthümers bei einem Erbzinsgute, ja selbst bloß nach seinem Interesse, oder was er eigentlich für Nutzen oder Schaden aus einer beschränkten oder minder beschränkten Disposition des Erbman-

---

v) Das Wort Erbe ist nach einer veralteten Bedeutung mit Eigen im Gegensatze von Lehen gleichbedeutend. Namentlich bezeichnet man damit ein eigenthümliches Grundstück. Vergl. Adelung's gramm. krit. Wörterbuch der hochdeutschen Mundart sub voce: Erbe; oder nach Haltaus in gloss. v. Erbe: Erbe jure Germ. vocatur possessio hereditaria, bona immobilia, hereditate accepta aut ad heredes devolvenda. Nach Grimm (deutsche Rechtsalterthümer S. 492.) ist Erbe = ererbtes Grundeigenthum, Erbgut. — Der Erbmann ist also derjenige, der das Erbe d. h. das Eigenthum hat, der eigenthumsweise besitzt; so wie der Lehenmann, der lehensweise besitzt.

nes habe, so überzeugt man sich sogleich, daß es mit dieser ganzen Herrlichkeit wenig auf sich hat. Das ganze Interesse des Erbzinsberechtigten oder (um das wohlgefälligere Herr beizubehalten!) des Erbzinsherrn kommt lediglich darauf zurück,

a) was die Veräusserung betrifft, daß das Gut an keinen Besitzer gebracht werde, der die Verpflichtungen eines Erbzinsmannes zu erfüllen nicht vermögend ist, und

b) daß es mit keiner diese Verpflichtungen erschwerenden Last belegt werde.

Nun hat aber der Bauer gegen den Erbzinsberechtigten keine Verpflichtungen, als 1) Abgaben, und zwar ständige, an Geld (Zinsen) oder Naturalien (Gilten, Zehnten) und unständige: Handlohn (Lehenwaare, Laudemium) in Veräusserungsfällen, 2) Dienste (Frohnen, Schaarwerke). Abgesehen von dem Fall eines etwa vertragsweise oder gesetzlich bestimmten Näher- oder Einstandrechts kann also bei einer Veräusserung des Erbzinsgutes dem Erbzinsberechtigten rechtlich nur daran gelegen seyn, daß kein jene Verpflichtungen zu leisten unvermögendes Subject auf das Gut komme. Es muß ihm daher der neue Erbzinsmann vorstellig gemacht werden, um sich von dessen Qualification zu überzeugen, besonders aber um zu wissen, an wen er sich wegen seiner Abgaben persönlich zu halten habe. Die Hauptsache ist indessen immer die bei einer solchen Veränderung eintretende Abgabe oder das Handlohn. Denn mit der Qualification pflegt man es eben so genau nicht zu nehmen. Kann der neue Meier nur sein Handlohn und die sonstigen Gebühren (namentlich, wenn der Erbzinsherr auch die Patrimonialgerichtsbarkeit hat, die Gerichtstaxen oder Sporteln) aufbringen; so macht man ihm wegen seiner übrigen Fähigkeit nicht

viel Schwierigkeiten w); wohlerwägend, daß für die Vermöglichkeit des Käufers zu sorgen zunächst der Verkäufer das meiste Interesse hat, und wohlerwägend zugleich, daß im schlimmsten Falle — non deficit alter, und somit — ein abermaliger Handlohnsfall. Ueberdieß ergibt sich die Unfähigkeit, das Gut gehörig bewirthschaften und behaupten zu können, ohnehin gewöhnlich erst in der Folge und wenn der neue Erbzinsmann schon darauf sitzt. Nirgends erscheint daher hier die Nothwendigkeit eines eigentlichen Veräusserungs-Consenses begründet, und die Rede ist überall nur von der Befugniß einer bedingten Annahmsverweigerung, sofern als der neue Besitzer wirklich als unfähig sich darstellt, aber sogar auch in dieser Beziehung, wie wir eben bemerkt haben, mit wenig practischer Anwendbarkeit. Will man indessen dieses einen Veräusserungs-Consens nennen, so mag man es; nur muß man damit keinen andern als den bemerkten Begriff verbinden, am wenigsten einen von dem Verhältniß des Vasallen zum Lehenherrn entlehnten, und man muß nicht in unbedingter Allgemeinheit sagen: der Erbzinsmann darf sein Gut ohne Einwilligung des Erbzinsherrn nicht veräussern.

Noch weniger bedarf es zur Verhypothezirung des Gutes einer Einwilligung von Seiten des Erbzinsberechtigten. Denn ist der Canon und die sonstigen erbzinsherrlichen Prästanda dabei nicht gefährdet, so ist vollends kein Grund eines Consenses einzusehen; sind sie aber gefährdet, so erscheint das Geschäft als eine

---

w) Beinahe naiv klingt der Begriff von Laudemium, den nach der Etymologie Haltaus in glossar. s. v. Lehenware gibt, wenn er sagt: est pecunia, quae domino datur pro eo, ut novi vasalli et coloni jus agnoscat, laudet i. e. approbet. Wenn er also nur Geld sieht, so lobt er schon!

res inter alios acta, und dasselbe präjudizirt also dem Erbzinsherrn in keiner denkbaren Beziehung.

Ausnahmen von diesen Regeln müßten durch Gesetze, Verträge oder einen rechtlichen Besitz begründet seyn. Daher muß man auch nicht, wie so häufig geschieht, Guts- oder Grundherr und Erbzinsherr geradezu für synonym halten, und damit in das Verhältniß des Bauers zum Zinsberechtigten so zu reden von vorn herein die Idee einer Unterthänigkeit und Herrlichkeit bringen, welche hier gewöhnlich so unerfindlich und unpassend ist, als bedeutungslos, wie gedacht, das Wort Obereigenthum, da, wo die ganze Befugniß des Obereigenthümers gegen das Object seines Obereigenthums sich auf weiter nichts, als auf die Forderung einiger Leistungen erstreckt. Denn kein Mensch in der Welt denkt daran, und wenn er nicht sehr einfältig oder eingeschüchtert ist, der Bauer selbst nicht, daß dieser bei der Ausübung der Eigenthumsrechte über sein Gut nach ihrem ganzen Umfange noch einen Andern über sich hätte, als allein Gott und das Gesetz x).

---

x) Mit dieser Theorie stimmen wesentlich überein zwei deutsche Gesetzbücher: das österreich. Gesetzb. §§. 360, 1127, 1129, 1140, 1141. u. das preuß. allgem. Landrecht Th. I. Tit. 18. §. 683 ff. 697 ff. 707 fg.

Sechstes Kapitel.

Innere Form des Rechtsgeschäfts.

§. 77.

Begriffe.

Wir betrachten hier und im folgenden Kapitel die Form eines Rechtsgeschäfts, und zwar

I. die innere Form oder die Art und Weise, wie sich die Willkühr der Geschäftssubjecte äussert, also sowohl die Art (species) des Products der Willkühr, (den Kaufvertrag als über ein Landgut abgeschlossen), als die Weise (modus), wie das Product sich gestaltet hat (unter welchen Modalitäten jener Kauf abgeschlossen worden ist); denn beides gehört zur innern Form des Geschäfts. Hievon verschieden ist

II. die gesetzliche oder gewillkührte äussere Gestalt, unter welcher das, was wir zur innern Form rechnen, in die Reihe der sinnlichen Erscheinungen tritt. Wir nennen dieses die äussere Form. Also muß z. B. jener Kaufvertrag nach (particular) gesetzlicher Verordnung, oder nach der Verabredung der Contrahenten zu seiner Vollkommenheit zu Papier gebracht werden. Bei der innern Form sehen wir lediglich auf die Erfordernisse der Gültigkeit des Geschäfts seinem Begriff und rechtlichen Wesen nach, oder auf seine materiellen Eigenschaften; bei der äussern Form (Form im engsten Sinne), auf die, abgesehen von Gesetz und Convention, zufällige äussere Gestalt, die freilich auch eben so wesentlich für die juristische Existenz des Geschäfts seyn kann als die Einwilligung der Contrahenten, wenn die Gesetze von der Beobachtung gewisser Förmlichkeiten die Gültigkeit desselben abhängig ge-

macht haben, z. B. die Forderung von sieben Testamentszeugen.

§. 78.

Nothwendigkeit einer verbindlichen Willenserklärung.

Ein jedes Rechtsgeschäft setzt zu seiner Vollständigkeit eine verbindliche Willenserklärung voraus, diese mag nun von einer (physischen oder juristischen) Person allein, oder gegenseitig von mehrern Personen ausgehen, das Geschäft somit als ein einseitiges, oder durch den erklärten vereinigten Willen der Mehreren (Einwilligung, **consensus**) als ein zweiseitiges (Vertrag) sich darstellen. Die Beobachtung dieses Erfordernisses ist das Erste und Wesentlichste bei Eingehung eines rechtlichen Geschäfts.

So einfach und einleuchtend indessen dieser Satz in der Theorie ist, so häufig wird im Leben dagegen verstoßen und seine Aufrechthaltung ist eigentlich die Tendenz der ganzen richterlichen Mitwirkung bei den Geschäften der Staatsbürger, sowie sie auch den Gegenstand dieser Schrift ausmacht. Die meisten Streitigkeiten über die Auslegung von Willenserklärungen, die meisten Prozesse, die unter dem Vorwand eines Irrthums, der listigen Ueberredung, des Betrugs gestritten werden, haben ihren Grund in dem Mangel eines Erfordernisses, dem häufig nur scheinbar genügt ist durch den Handschlag bei mündlichen und durch die Unterschrift bei schriftlichen Verträgen oder Erklärungen, so wie durch den Schwall gedankenlos zu Papier gebrachter Versicherungen: "daß man alles wohl "verstanden und wissentlich und wohlbedächtlich einge- "gangen habe, auch aller deßfallsigen Einwendungen "sich begebe," ꝛc. wobei oft nicht einmal der Schreiber des Aufsatzes etwas denkt, zu geschweigen diejenigen,

die es zunächst angeht. Der Richter, der das Geschäft leitet, hat daher seine Pflicht nur halb erfüllt, wenn er sich damit begnügt, die Angelegenheit der Parteien nur ohne weiters nach ihrem Vorbringen zu Protokoll zu nehmen, wenn er sich nicht vielmehr die Mühe nimmt, in ihren wahren Sinn und in die Absicht ihrer Erklärung, ja selbst, versteht sich mit der nöthigen Bescheidenheit, in die Gründe ihrer Willensbestimmung einzudringen, und die vielleicht unrichtigen Vorstellungen derselben von den rechtlichen Wirkungen des Geschäfts zu berichtigen. Er hat seine Pflicht nur halb oder gar nicht erfüllt, wenn er sich hier nur leidend verhält, nicht in den Schranken thätig wird, die oben (§. 31. 32. 34.) schon im Allgemeinen angedeutet worden sind, und noch an mehrern Stellen dieser Schrift besonders bezeichnet werden sollen.

Jedes zweiseitige Geschäft ist also vor allen bedingt durch die Einwilligung der Betheiligten. Unverbindlich sind daher auch bloß vorläufige Verabredungen, denen in Beziehung auf die Erwerbung oder Veräusserung eines Rechts kein wechselseitig einstimmender Wille zum Grunde liegt, wovon im folgenden §. mit mehrerem.

§. 79.

Von Tractaten, Punctationen und präparatorischen Verträgen überhaupt.

Die Identificirung der Interessen verschiedener Rechtssubjecte oder das verbindliche Anerkenntniß, daß dasjenige, was in Beziehung auf die Erwerbung oder Veräusserung eines Rechts dem Einen vortheilhaft dünkt, auch dem Andern also erscheine, mit andern Worten: der consensus duorum in idem placitum, ist wohl nur selten das Product eines plötzlich übereinstimmenden Entschlusses; nur allmählich assimiliren sich die heteroge-

nen Interessen. So ist denn die Begründung gewisser Rechtsverhältnisse durch übereinstimmenden Willen oder ein Vertrag gewöhnlich nur das Resultat mehrerer gegenseitiger Erklärungen, und man kann sagen, daß auf dem Wege von dem Punkte an, wo die erste Idee zum Vertrage gefaßt und erklärt worden, bis zu dem des vollständigen Abschlusses mehrere Stationen sind. Auf keiner derselben hat man das Ziel erreicht, aber man nähert sich demselben je mehr und mehr. Die Vertragslustigen können, um bei diesem Gleichnisse zu bleiben, auf den ersten Standorten gegenseitig zu Erklärungen gekommen seyn, die jeder in Ueberlegung nimmt. Das Verhältniß dieses Standorts bezeichnen wir mit dem Ausdrucke Tractaten. — Die Interessenten gehen weiter; von den anfänglich bloß zur Ueberlegung genommenen Vorschlägen werden einige oder mehrere gebilligt; man geht noch weiter und kommt rücksichtlich der Hauptpunkte des Geschäfts ins Reine. Weniger oder mehr haben wir hier schon das Product des bezielten Vertrags. Werden die Resultate dieser vorläufigen Uebereinkunft über die Hauptpunkte des Vertrags zu Papier gebracht und diese Scriptur von beiderlei Interessenten gehörig vollzogen, so haben wir eine Punctation [minuta y)]. Von beiden

---

y) Der Franzose versteht unter Minute, was wir Deutsche mit dem Ausdrucke Concept bezeichnen (l'original et le brouillon de ce qu'on écrit d'abord, pour en faire ensuite une copie, et le mettre plus au net; et plus particulièrement l'original des actes, qui demeure chez les Notaires, pour faire foi des copies qu'ils expedient, et qu'on appelle Grosses et Expeditions. Dict. de l'Acad. Franc. v. Minute). Minuta ist auch bei uns im Notariatswesen gleichbedeutend mit Imbreviatura oder Protocollum. Müller Diss. de minuta vulgo von Punctationen. Jena 1690.

Theilen muß dieselbe unterschrieben seyn. Ist sie nur von einem Theile unterschrieben, so verpflichtet sie nicht einmal den Unterschreibenden. Das nämliche gilt auch von jedem Vertrage, der nach gesetzlicher Vorschrift, oder nach der Willkühr der Betheiligten seine Perfection durch die Schrift erhalten soll z).

Es kann aber der Gegenstand eines Vertrags, oder das zu begründende Rechtsverhältniß selbst ein Vertrag seyn, indem die ihren Willen Erklärenden dahin übereinkommen, daß sie einen gewissen Vertrag schließen wollen. Der Vertrag über einen künftig zu schließenden Vertrag, heißt nun ein vorbereitender (pactum praeparatorium). — Wir wollen diese verschiedenartigen Momente der Vertrags-Eingehung nun etwas näher betrachten.

---

p. 10. Daher ist noch jetzt der Ausdruck Concept Protokolls bisweilen im Gebrauche, der aber zu einer gefährlichen Vorstellung von den Eigenschaften eines Protokolls führt, wie wir im IX. Kap. sehen werden. Denn kein Protokoll darf als Concept behandelt, und Original und Brouillon für gleichviel in Beziehung auf die wesentlichen Erfordernisse dieses Stylproducts genommen werden.

z) Im bürgerlichen Verkehre wird nicht selten gegen diese Regel gefehlt. Man glaubt, bei einem doppelt ausgefertigten schriftlichen Privatvertrage sey es schon genug, wenn nur jedes in den Händen des Einen bleibende Exemplar von dem Andern unterschrieben sey. Dem Verfasser ist bei seinem Gericht selbst vorgekommen, daß sogar ein alter Advokat seinem Clienten den Prozeß verspielte bloß darum, weil er den (dießmal nur einmal ausgefertigten) schriftlichen Vertrag über ein zweiseitiges Geschäft, woraus er auf Erfüllung klagte, nur mit der Unterschrift des Beklagten versehen vorlegte. Er durfte nur vorher von kurzer Hand seinen Clienten unterschreiben lassen, und der Prozeß war gewonnen!

§. 80.

I. Von Tractaten und deren Wirkungen.

Es bestehen nur noch bloße Tractaten, wenn es unter zwei Personen über ein zwischen ihnen zu begründendes neues Rechtsverhältniß gegenseitig zwar zu Erklärungen gekommen, eine Vereinigung jedoch noch nicht erfolgt ist. Dergleichen bloße Tractaten haben ihrer Natur nach in Beziehung auf das neue Rechtsverhältniß keine Wirkung; es ist noch kein vereinigter Wille vorhanden, und daher sind auch bloße Tractaten unverbindlich.

§. 81.

II. Von Punctationen.

Ist zwar über das ganze Geschäft, worüber man tractirt hat, eine vollständige Willensvereinigung noch nicht erfolgt, wohl aber über die Hauptpunkte, über die **ad essentialia negotii** gehörigen Erfordernisse, mit Vorbehalt der nähern Bestimmung und Austragung der noch nicht ausgemachten Punkte, und ist über jene Hauptpunkte ein schriftlicher Aufsatz verfaßt worden; so nennt man diesen Aufsatz eine Punctation. Es versteht sich von selbst, daß, sofern zum Wesen eines Vertrags die Scriptur nicht nothwendig ist, eine dergleichen vorläufige Uebereinkunft ebenfalls der Schrift nicht bedarf, um gleich einer Punctation rechtliche Verbindlichkeit zu haben. Am gewöhnlichsten kommen die Punctationen als aussergerichtlich verfaßte schriftliche Aufsätze über solche Verträge vor, welche der gerichtlichen Vollziehung bedürfen, und der gemeine Mann belegt sie gewöhnlich mit dem Namen Aufsätze schlechthin oder Accorde. Wiefern von diesen Punctationen bei der gerichtlichen Vertrags-Aufnahme abgegangen werden kann, kommt zunächst auf den übereinstimmen-

den Willen der Interessenten, aber auch auf die Beschaffenheit der Verabredung selbst und die übrigen Verhältnisse an, sofern dadurch die richterliche Einwirkung motivirt wird (§. 42. fg.). Denn bei den gemischt freiwilligen Rechtsgeschäften ist es eben die causae cognitio, welche Resultate liefert, bei denen, was die Parteien aussergerichtlich abgemacht haben, oft mehr oder weniger abweichende Modificationen leiden muß, und der Richter würde mit seinen Pflichten deßfalls in Widerspruch kommen, wenn er blindlings bei der Punctation über einen Einkindschaftsvertrag, über Ehepacten, wobei pflegbedürftige Kinder voriger Ehe interessirt sind u. dgl. stehen bleiben wollte.

Einer Punctation kann es mehr oder weniger an Vollständigkeit fehlen. Bald kann selbige nur mit bloßen Tractaten einerlei Wirkung haben, bald kann sie einem wirklich abgeschlossenen Vertrage gleich gelten a). Alles kommt dabei auf die rücksichtlich der Hauptpunkte

---

a) Das preuß. allg. Landrecht bestimmt (Th. I. Tit. 5. §. 120. sqq.) folgendes: Eine von beiden Theilen unterschriebene Punctation, aus welcher die gegenseitige Einwilligung derselben in alle wesentliche Bedingungen des Geschäfts erhellet, ist mit einem förmlichen Contracte von gleicher Gültigkeit. — Es kann also auf Erfüllung derselben geklagt werden. — Ist zur gerichtlichen Verlautbarung, Bestätigung oder Eintragung eine förmliche Ausfertigung des Vertrags nothwendig, so kann diese nach dem Inhalte der Punctation von dem Richter verfügt werden. — Weigert ein Theil seine Unterschrift beharrlich, so kann der Richter dieselbe ergänzen. — Fehlen aber der Punctation wesentliche Bestimmungen, oder haben die Parteien die Verabredung gewisser Nebenbedingungen sich darin ausdrücklich vorbehalten, so sind dergleichen Punctationen nur als Tractaten anzusehen.

des Geschäfts minder oder mehr vollständig erklärte Einwilligung an. Man unterscheide nämlich

1) die Punctation drückt den übereinstimmenden Willen der Betheiligten nur rücksichtlich einiger, wenn schon wesentlicher Bestimmungen des Geschäfts aus. — Diese hat vor bloßen Tractaten nichts voraus. Z. B. der Besitzer eines Gartens, ist mit einem Andern über den Verkauf desselben soweit einig: daß er diesem das Grundstück mit allem Zugehör, wie er es gegenwärtig besitzt, für die Summe von 2000 fl. baar bei der Uebergabe zahlbar zu überlassen verspricht. Dieser ist auch damit einverstanden, jedoch den Kaufschilling nur zur Hälfte bei der Uebergabe baar, die andere Hälfte aber in 3 unverzinslichen Jahresfristen zu bezahlen bereit; beide Theile behalten sich übrigens bevor, wegen der Differenz am Kaufpreise sich noch mit einander zu vereinigen. — Hier hat die darüber aufgesetzte Punctation nur die Wirkung einer bloßen Unterhandlung; denn es fehlt das wesentliche Erforderniß des genau bestimmten Kaufpreises, also der vollständigen Einwilligung, und jedem der beiden Theile steht es frei, von dem Kaufe nach Belieben zurückzutreten, wenn sie sich nicht zur Acceptation gegenseitig eine bestimmte Frist bewilligt haben.

2) Es kann in der Punctation rücksichtlich der Hauptpunkte des Vertrags eine bestimmte Festsetzung erfolgt, dagegen verschiedene Nebenpunkte, naturalia negotii, unausgemacht geblieben seyn; z. B. in dem bemerkten Falle wären beide Contrahenten auch über den Kaufpreis des Gartens auf 2000 fl. und daß derselbe bei der Uebergabe baar oder wie sonst immer nach gegenseitig bestimmter Uebereinkunft bezahlt werden solle, einig; nur wäre nicht festgesetzt, wie es wegen der Gewährleistung für die etwa schon zum Vorschein gekommenen Ansprüche eines Dritten, oder rücksichtlich der

Modalitäten der Berichtigung der auf dem Grundstücke haftenden Hypothekschulden u. s. w. gehalten werden solle, oder der Verkäufer hätte sich das Wiederkaufsrecht ohne eine Zeitbestimmung rücksichtlich des Anfangs oder der Dauer desselben vorbehalten. Hier ist zu unterscheiden: A) die Vertragschließenden haben dieser Punkte wegen in der Punctation ein gänzliches Stillschweigen beobachtet, B) sie haben selbige zur besondern nachträglichen Uebereinkunft ausgesetzt, und zwar entweder schlechthin, oder auch mit dem Vorbehalte, daß die Punctation nur dann gelten solle, wenn über die Nebenpunkte eine gütliche und förmliche Uebereinkunft erfolge.

Auf A.) Hier gilt die Punctation, wofern nicht die Ausnahme ad 3. eintritt, in Ansehung der verabredeten Punkte gleich einem förmlichen Vertrage. Die unausgemachten Nebenbestimmungen müssen nach den Vorschriften der Gesetze entschieden werden, wenn keine Uebereinkunft der Parteien über die Hebung der Anstände, es sey durch eigene vernünftige Willkühr, oder durch Aussetzung zum billigen Ermessen eines Dritten, oder des die Handlung leitenden Richters selbst, zu erzielen seyn sollte. Derjenige Contrahent, welcher die Erfüllung der Punctation verweigert, oder auf vorstehende Weise sich in Güte mit dem Andern zu vereinigen sich nicht bequemt, kann also von diesem mit der geeigneten Klage aus dem Contracte belangt werden. Es versteht sich von selbst, daß hierbei nur die Naturalia des Geschäfts (§. sq.) ein Gegenstand der rechtlichen Verfolgung werden können. Wie hier von dem das Geschäft im gütlichen Wege leitenden Richter zu verfahren und die Einleitung in den Rechtsweg zu machen, enthält das beigefügte Formular b).

b) Beilage Lit. D.

Auf B.) Hier, wo wegen dieser Nebenpunkte die Verabredung vorbehalten worden, hat die Punctation nur die Wirkung bloßer Tractaten, wenn entweder gar keine Uebereinkunft erfolgt, oder in der gesetzlich etwa oder durch Willkühr bestimmten Form nicht, z. B. nur eine mündliche Verabredung, wo eine schriftliche Statt finden sollte, zu der sich jedoch einer der Paciscenten nicht bequemen will.

3) Ist in der Punctation verabredet, daß das in derselben Niedergeschriebene nur vorläufig zur Nachricht dienen, im übrigen die Gültigkeit des Vertrags von der Vollziehung des förmlichen Instruments abhängig seyn solle, so hat es natürlich dabei das Bewenden, und die Punctation hat wieder nur die Eigenschaft bloßer Tractaten.

§. 82.

III. Von präparatorischen Verträgen.

Der practische Nutzen eines präparatorischen Vertrags oder der Uebereinkunft über einen künftig zu schließenden bestimmten Vertrag ist im Allgemeinen c) nicht sehr groß. Er besteht bloß darin, daß wir uns

---

c) Ich sage im Allgemeinen; denn es gibt allerdings Fälle, wo dergleichen Verträge theils hauptsächlich, theils in der Form von pactis adjectis nützlich vorkommen können, z. B. das pactum de pignore constituendo (ꝛc. "auch verspricht "der Schuldner dem Darleiher ein annehmliches Pfand zu "bestellen"). Das Vorkaufsrecht der Erben rücksichtlich gewisser Erbschaftsstücke kann vor der Vertheilung der Erbschaft Gegenstand eines präparatorischen Vertrags werden. Auch das pactum de retrovendendo selbst ohne Bestimmung des Wiederkaufspreises wird hieher gerechnet. Petermann de valore pactorum, quibus praeparantur contractus. Lips. 1730. pag. 41. 15. 43.

uns dadurch Sicherheit verschaffen können, daß nicht der Mitpaciscent den Hauptvertrag mit Umgehung unserer sofort mit einem Andern eingehen kann. Ein präparatorischer Vertrag ist, sobald die Vertragschließenden übereingekommen sind, daß sie einen gewissen bestimmten Vertrag schließen wollen, definitiv und vollständig für sich. Er kann aber in Ansehung seines Gegenstandes, des zu schließenden Contracts, entweder a) die Wirkung bloßer Tractaten, oder b) einer Punctation haben, oder c) ebenfalls definitiv vollständig seyn. Ein Beispiel wird dieß anschaulich machen. V und P kommen überein, daß ersterer dem letztern seinen Garten nach beendigter Pachtung des O in Pacht überlassen wolle. Hier fehlt nichts an der Vollständigkeit des präpar. Vertrags als eines solchen. Er hat aber

ad a) nur die Wirkung bloßer Tractaten in Beziehung auf das Pachtgeschäft selbst. Haben jedoch die Paciscenten

ad b) festgesetzt, daß der P den Pacht um den nämlichen Pachtschilling wie O bekommen solle, und nur wegen der Dauer u. s. w. sich die nähern Verabredungen vorbehalten, so hat der präpar. Vertrag in Ansehung des Hauptvertrags die Eigenschaft einer Punctation.

ad c) Sind V und P übereingekommen, daß der letztere den Garten unter den nämlichen Bedingungen, wie ihn O bisher gehabt, pachtweise überkommen solle, so hat der präparatorische Vertrag auch in Ansehung seines Gegenstandes oder des Hauptgeschäfts mit einem definitiven gleiche Kraft, und es braucht gar kein Pachtvertrag mehr abgeschlossen zu werden, indem eigentlich schon der Hauptvertrag, als ein pactum sub die a quo vorliegt, und sich von dem sonstigen Pachtvertrage nur per verba de futuro unterscheidet.

A. Erforderniſſe einer verbindlichen Willenserklärung überhaupt und der einwilligenden beſonders.

§. 83.

I. Geſetzmäßigkeit.

Jede verbindliche Willenserklärung, ſie mag nun das Ergebniß der Willensbeſtimmung einer Perſon allein, oder mehrerer ſeyn, und alſo im letztern Falle die Einwilligung, muß folgende nothwendige Eigenſchaften haben: ſie muß

I. geſetzmäßig (justa) ſeyn; alſo auch abgeſehen von dem, was in Anſehung der handelnden Perſonen (IV. Kap.) und des Gegenſtandes des Rechtsgeſchäfts (V. Kap.) deßfalls gefordert wird, auch rückſichtlich der Modalitäten rechtlich möglich ſeyn. Der Gegenſtand des erklärten Willens muß überhaupt in der Gewalt des Erklärenden ſtehen, die Handlung mithin weder den Geſetzen noch den Rechten eines Dritten entgegen laufen. Sie muß ferner

II. wahr (vera) ſeyn, alſo frei und ernſtlich, im Gegenſatze von Zwang, Täuſchung, Schein, — materiell richtig; ſie muß endlich

III. gewiß (certa), mit Zuverläſſigkeit und Beſtimmtheit ausgedrückt — formell richtig — ſeyn.

Anlangend die Geſetzmäßigkeit als das erſte Erforderniß, ſo kommt es zuvörderſt darauf an, zu prüfen, wiefern die bezweckten Modificationen des Geſchäfts weſentliche oder minder weſentliche Eigenſchaften betreffen.

a) Unter den weſentlichen Beſtandtheilen (substantialia, essentialia negotii) verſteht man den Inbegriff der Merkmale und Eigenheiten, wodurch ſich das

Geschäft von andern unterscheidet, und ohne welche es gar nicht existiren würde. Selbige können entweder allgemeine, welche bei allen Rechtsgeschäften vorhanden seyn müssen, oder besondere seyn, wodurch sich ein Geschäft der einen, von dem einer andern Art unterscheidet d).

Es gibt aber auch minder wesentliche Eigenschaften eines Geschäfts, nämlich

b) solche, welche zwar gewöhnlich vorhanden, indem sie von Rechtswegen eine natürliche Folge des Geschäfts sind (natürliche, gewöhnliche, regelmäßige Bestandtheile, — naturalia negotii), welche jedoch abgeändert werden können, obgleich dieses nicht vermuthet wird, daher von dem solches Behauptenden bewiesen werden muß. Endlich gibt es

c) willkührlich von den Contrahenten dem Geschäft hinzugefügte Bestimmungen oder zufällige Eigenschaften (accidentalia negotii). Diese werden nicht vermuthet, es muß also deren Daseyn von dem, der es behauptet, erwiesen werden.

Soll der Wille der Handelnden sich gesetzmäßig äußern, so ist vor allen erforderlich, daß dadurch an den wesentlichen Eigenschaften des Geschäfts keine Veränderungen vorgenommen werden. Geschieht dieß dennoch, so ist das Geschäft wenigstens als das, was es seyn soll, nichtig, der Kaufvertrag, wobei kein Preis stipulirt worden, als solcher nicht verbindlich. Hat das solchergestalt in seinem Wesen veränderte Geschäft die Erfordernisse eines andern, so wird es in dieser Form aufrecht erhalten (durch Conversion e)), wenn der

---

d) Mackeldey Lehrb. des heut. R. R. §. 160. Note a.

e) C. F. Harpprecht de eo, quod justum est circa con-

Disponent diese Erhaltung vorgeschrieben hat, welches auch schon durch die Erklärung: das Geschäft solle auf jede Weise gelten, (z. B. das Testament als Codicill — durch die Codicillar-Clausel) geschehen kann. Ausserdem gilt die Regel: das vom Anfang an nichtige Geschäft behält diese Eigenschaft auch in der Folge. Ein Vertrag über eine ausser Verkehr stehende Sache gelangt daher von sich selbst nicht zur Gültigkeit, wenn auch die Sache in der Folge in den Verkehr kommt f). Im übrigen kann bei einem Mangel, der sonst in einem gesetzlichen Verbote oder in einem Defect der Einwilligung liegt, mit dem Aufhören dieses Mangels das Geschäft gültig werden, und zwar bald erst von der Zeit an, da das Hinderniß gehoben wird, bald, bei der Ratihabition, mit Rückwirkung auf den Anfang des Geschäfts g).

§. 84.

Belehrung der Parteien hierüber.

Daß sich der Richter die gesetzlichen Bestimmungen rücksichtlich des vor ihm verhandelten Rechtsgeschäfts gegenwärtig erhalten müsse, leuchtet von selbst ein. Dieß ist aber allein noch nicht genug. Er muß auch die Parteien auf diese gesetzlichen Vorschriften aufmerksam machen, zumal wenn sie nicht selbst Rechtsverständige sind. Denn mit dem Vertrauen, daß er wisse, wiefern ihre Willkühr gesetzlich sey, haben sie sich ihm genähert, und die Gesetze ihm die Theilnahme aufgetragen. Zwar

---

versionem actuum negotiorumque jurid. jamjam peractor. Tüb. 1747. — Mühlenbruch doctr. pand. I. §. 124.

f) L. 83. §. 5. D. de V. O.

g) Hofacker princ. jur. civ. I. §. 222.
Thibaut System §. 83. 139.
Mühlenbruch l. c.

liegt ihm keine Haftung für die Rechtsbeständigkeit der vor ihm verhandelten und (in quantum de jure) bestätigten Geschäfte ob (§. 45.). Es wird von ihm zunächst nur die Beobachtung der Form gefordert, und kann auch billiger Weise nur gefordert werden, weil die auf die innere Rechtsbeständigkeit des Geschäfts einwirkenden Verhältnisse viel zu mannigfaltig und vielseitig sind, als daß von dem Richter bei seiner beschränkten Einsicht in den ganzen Inbegriff der thatsächlichen Umstände und Beziehungen eine Bürgschaft gefordert werden könnte. Indessen soll er doch nach Möglichkeit verhüten, daß nicht Geschäfte, welche entweder offenbar oder nach leicht zu erkennenden Merkmalen ungültig und gesetzwidrig sind, unter seiner Einwirkung zu Stande kommen, und so das Vertrauen des Publicums auf die Sicherheit und Rechtsbeständigkeit gerichtlicher Acte getäuscht werde. Denn das ist es eben, was durch die richterliche Einwirkung wesentlich bezielt wird, daß Irrungen und Prozessen vorgebeugt werde. Diese würden aber erst einen fruchtbaren Boden finden, wenn die Betheiligten im Vertrauen auf die Leitung des Richters sich der eigenen Vorsicht, sey es auch nur zum Theil, überhoben wähnten.

Es ist daher nicht genug, daß bloß offenbar verbotene Geschäfte nicht zugelassen werden: z. B. der commissorische Vertrag beim Pfandcontracte; die Bedingung bei dem Pachtvertrage, daß der Verpächter den Pächter nach beendigter Pachtzeit bei verzögerter Räumung mit Gewalt zu exmittiren befugt seyn solle h); ferner Begünstigungen eines zweiten Ehegatten, wodurch er mehr als einen Kindestheil bei der Erbtheilung mit den

h) Leyser Spec. 219. m. 2.

Kindern voriger Ehe erhalten würde i) u. dgl. Auch practisch wenigstens unförmliche Verträge und Verabredungen, z. B. die Abschließung eines Pfandcontracts mit der Bestimmung, daß der Schuldner im Besitze der zum Pfand bestimmten Sache bleiben solle, müssen zum wenigsten nicht anders die gerichtliche Sanction erhalten, als indem zugleich die rechtsunkundigen Interessenten auf die rechtlichen Folgen einer dergleichen Festsetzung aufmerksam gemacht werden, also: daß ein Pfandvertrag seinem Wesen nach und aus den sich von selbst darbietenden Gründen die Uebergabe fordere; daß zwar rechtlich eine Verpfändung auch ohne Uebergabe zum Besitz zulässig sey, daß aber der Berechtigte alsdann nur eine Hypothek habe, welche, auf bloße bewegliche Habe bestellt, dem Gläubiger keine Sicherheit gewähre u. s. w. Will dieser dann dessen ungeachtet es nicht anders haben, so mag ihm sein Wille geschehen, und der Richter ist vor jedem Vorwurfe sicher, wenn er die gegebene Belehrung dem Protokoll einverleibt. Dadurch wird denn auch zugleich verhindert, daß etwa ein Dritter getäuscht werde. Ueberhaupt gehört es zu den wesentlichen Obliegenheiten des richterlichen Amts, dem Irrthume und Betrug mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln entgegen zu wirken, und so zugleich einem, beinahe in allen Ständen, insbesondere aber in den niedern, sehr fühlbaren Mangel in der Volkserziehung einigermaßen abzuhelfen, ich meine dem vernachlässigten Unterricht in den Gesetzen, woraus so viel Unheil in der bürgerlichen Gesellschaft entspringt. Es ist gewiß nicht die kleinste Unvollkommenheit unserer bürgerlichen Einrichtungen, daß, vielleicht nach einem mäßigen Anschlage, von tausend Menschen immer nur Einer soviel von den Gesetzen versteht, als nöthig ist, um

---

i) L. 6. C. de sec. nupt. (V, 9.).

die Geschäfte des bürgerlichen Lebens selbst rechtsbeständig und zweckmäßig vorzunehmen, und die ihm drohenden mancherlei Gefahren sicher zu vermeiden. Wer ausserdem noch aus jener Zahl für geschäftserfahren gilt, hat nicht selten sein Bißchen empirisches und fragmentarisches Wissen theurer bezahlen müssen, als manchem Rechtsgelehrten des ersten Ranges seine ganze Jurisprudenz zu stehen gekommen ist. So kommt es denn, daß man nur unter Voraussetzung zufälliger Umstände annehmen kann, daß der Bauer nothdürftig weiß, was dazu gehöre, wenn er einen Kaufvertrag, eine Pachtung ꝛc. eingeht; was er sich hier zu bedingen habe, wie weit er durch diese oder jene Erklärung dem Andern verpflichtet werde. Und so erfolgt denn gewöhnlich gerade der wesentlichste Theil der Verabredungen aussergerichtlich, und kommt es hiernächst zur gerichtlichen Verlautbarung, so macht oft die schon vorliegende Punctation ein nicht mehr zu übersteigendes Hinderniß. Freilich mit Gesetzbüchern in der Landessprache ist allein nicht geholfen. Eher möchte die mündlich öffentliche Rechtspflege ein Mittel zur Beförderung der Gesetzkenntniß werden, wenn nur eben das Volk dadurch veranlaßt würde, davon anders als zu einer bald befriedigten Neugierde Gebrauch zu machen. Vielfältig wird in unsern Tagen daran gearbeitet, das Volk in dem öffentlichen Recht aufzuklären. Wir thun wohl daran; aber wir sollten nicht vergessen, daß wir mit jener Aufklärung allein, ohne Kenntniß der Wahrheiten, worauf Mein und Dein im Privatleben beruht, dem Sternseher gleichen, der bei dem immer nach oben gewandten Blicke die Grube nicht wahrnahm, die sich vor seinen Füßen öffnete.

§. 85.

Fortsetzung; Modalitäten der Handhabung der Gesetzmäßigkeit.

Was insonderheit die zu verhütende Täuschung, sey

es nun eines der Geschäftstheilnehmer oder eines Dritten, anlangt, so müssen die Parteien, so oft sich Spuren von Unlauterkeit in dem Betragen des Einen oder des Andern wahrnehmen lassen, wodurch entweder einer der Contrahenten oder ein Dritter widerrechtlich beschädigt oder beeinträchtigt werden soll, nicht nur auf die gesetzlichen Ahndungen ernstlich aufmerksam gemacht, sondern es muß auch nach Befinden gegen sie als Betrüger eingeschritten werden.

Sind die Gegenstände der Willenserklärung von dem Verkehre nur beziehungsweise ausgenommen, oder können die von den Parteien beliebten Modificationen so schlechthin nicht bestehen, sind mit einem Worte Hindernisse des Geschäfts noch aus dem Wege zu räumen: so müssen die Parteien bedeutet werden, was ihnen deßfalls vor allem zu thun obliege. Sollten sie sich dieser Anweisung, sey es auch nicht aus böser Absicht, sondern in der Meinung, daß sie mit unnöthigen Förmlichkeiten geplagt würden, nicht fügen wollen; so kommt es vor allen Dingen darauf an,

ob der Mangel von der Art ist, daß dadurch das ganze Geschäft nichtig wird, wenn ihm nicht abgeholfen wird, oder ob es sich nur um mehrere Vollständigkeit und Zuverlässigkeit des Geschäfts und um mehrere Sicherheit der Betheiligten handelt.

Im ersten Falle muß das Gericht die Parteien mit ihrem widerrechtlichen Begehren schlechterdings abweisen, da sich mit offenbar nichtigen Handlungen zu befassen wider den Zweck und die Würde des richterlichen Amts seyn würde. Ist aber letzteres der Fall, und also nur von Graden der Vollständigkeit die Rede, so kann, da jeder seines Vortheils sich begeben kann, sobald er nur von den Folgen unterrichtet ist, das Geschäft seinen

Fortgang nehmen, und es ist lediglich Sache der Interessenten, dem Mangel über kurz oder lang abzuhelfen. Rathsam ist es indessen, daß das Gericht dasjenige, was es defectirt und den Parteien zur Abhülfe empfohlen hat, in dem über das Geschäft aufzunehmenden Protokolle bemerke. Es ist dieß vor allen um ihrer selbst willen: sie sollen bestimmt wissen und auch aus dem hiernächst mit Zugrundlegung jenes Protokolls für sie auszufertigenden Instrumente mit Muße betrachten können, was sie noch zu thun haben, um allen Erfordernissen der Gültigkeit zu genügen. Aber es gereicht diese Maßregel auch dazu, zu verhüten, daß nicht ein Dritter, zu dessen Besten über das durch die Verhandlung begründete Recht verfügt werden kann, getäuscht werde; endlich zur Sicherheit des Gerichts selbst, damit ihm nicht hinterher Anfechtungen gemacht werden können.

Wenn also z. B. der Vormund zur Verpfändung eines Pupillenguts sich nicht durch ein Genehmigungs-Decret des vormundschaftlichen Gerichts ausweisen kann, so kann auch mit Einverständniß des Gläubigers die gerichtliche Confirmation des Verpfändungsvertrags nicht erfolgen. Wohl aber könnte diese Bestätigung erfolgen, wenn dem Vasallen zur Verpfändung eines Lehens nur der Consens eines von mehreren Agnaten fehlte, und der Gläubiger dessen ungeachtet auf seine Gefahr die Bestätigung verlangte. Oft wird der Richter, wie schon oben (§. 50. nr. 11.) bemerkt worden, manchem Mangel und Anstande dadurch abhelfen, daß er den Partrien die Verantwortlichkeit unter den geeigneten Modificationen zuschreibt k).

---

k) Vergl. hier das Formular Beil. Lit. E.

§. 86.

Warnung vor zu weit getriebener Sorgsamkeit.

Daß es Gerichte gibt, die in ihrer Sorgsamkeit zu ihrer eigenen und der Parteien Plage hier oft zu weit gehen, lehrt die Erfahrung. Der Fehler ist zwar nicht so häufig im Leben, als der entgegengesetzte einer gleichgültigen und sorglosen Behandlung, er muß aber doch auch gerügt werden, zumal da diese Rüge gerade diejenigen trifft, die Eifer für die Sache und Empfänglichkeit für das Bessere haben. Man hat die nicht unebene Bemerkung gemacht, die Aengstlichkeit sey eine Chicane, die man der Zukunft mache, wodurch aber der Prozeß mit der Gegenwart weder verkürzt, noch weniger aber zu seiner Gewinnung beigetragen werde. — Es gibt Richter, die, um Irrungen und Streitigkeiten vorzubeugen, aus übertriebener Aengstlichkeit, die Parteien mit Formalitäten fast zu Tode quälen. Bei manchen ist Mangel an gründlicher theoretischer Kenntniß von dem, was zu dem Wesen und den gesetzlichen Eigenschaften eines Geschäfts gehört, daran Schuld; bei manchen auch wohl nur eine angewohnte Bedenklichkeit und Zweifelsucht. Die Ersten denken in der Verlegenheit, worin sie sich befinden, auf diese Weise am sichersten zu gehen; "nützt es nichts, so schadet es doch auch nichts!" — als wenn unnöthige Weitläufigkeit nicht schon für sich schädlich wäre, da sie wenigstens Zeit- und Kostenverlust zur Folge hat; — bei den Andern ist die Bedenklichkeit häufig das Zeichen ihrer Gedankenarmuth. Soll aber die Institution der gerichtlichen Mitwirkung zu den Geschäften der Staatsbürger nicht eine Zwangsanstalt seyn, wo man Arbeit schafft, nur um zu beschäftigen, oder über die Formen die Materie, über die Mittel den Zweck vergißt; ist ferner die Fertigkeit der baldigen Erledigung eines Geschäfts mit

Entfernung unnöthiger Verzögerung (letztere mag in einem Mangel, oder in einem Uebermaße von Application ihren Grund haben) nicht die geringste unter den wünschenswerthen Eigenschaften der Geschäftsbesorger: so muß man als Maxime gelten lassen, daß nicht jede Formalität, die dem Geschäft etwa einen höhern Grad von Gewißheit und Zuverlässigkeit gibt, darum auch zweckmäßig ist. Man kann oft auch schon mit einem geringern Maße recht gut auskommen, und hier lehren denn die Grundsätze einer vernünftigen Sparsamkeit und Oekonomie in der Geschäftsverwaltung, Zeit und Kosten nicht ohne Noth zu verschwenden.

Hat also z. B. bei der gerichtlichen Vollziehung des Kaufvertrags über ein Wohnhaus der Richter in seinem Hypothekenbuch eine Caution des Verkäufers als vormaligen fiskalischen Kassenbeamten eingetragen gefunden, deren Erledigung dieser behauptet; so soll er freilich eigentlich zum Behufe der Löschung das Cautions-Instrument in Urschrift mit der Quittung vorlegen. Allein gesetzt er brächte eine Erklärung der fiskalischen Behörde bei, daß das Instrument verloren gegangen, und legitimirte sich übrigens gegen jeden Anspruch durch ein Absolutorium derselben; so wäre es wohl eine zu weit getriebene Fürsorge, wenn der Richter zum Zwecke der Löschung auf der Extrahirung eines kostspieligen öffentlichen Aufgebots ad effectum amortisationis bestehen wollte, da ja, abgesehen auch von der Legalität und eventuellen Vertretungsfähigkeit jener öffentlichen Behörde, das verlorne Instrument selbst nicht von der Art ist, daß darüber eigentlich zu Gunsten eines Dritten verfügt werden konnte.

Anders wäre in jeder Beziehung der Fall, wenn der Verkäufer eine Peculiar-Forderung seines Sohns hätte eintragen lassen, dieser zwar über den Empfang

quittirte, jedoch die ausgefertigte Urkunde selbst nicht produciren könnte. Hier würde das Vorgeben des Verlierens zur Löschung in einem förmlichen Hypothekenbuch ohnehin nicht, es würde aber auch da nicht hinreichen, die Post als getilgt anzunehmen, wo erst ein solches H. B. angelegt werden soll, selbst wenn der Käufer des verhypothecirten Gutes damit einverstanden wäre und die Verantwortung auf sich nehmen wollte, auch die Umstände die Wahrscheinlichkeit des angegebenen Verlierens unterstützten. Was die Parteien hier verabreden, und sich gefallen lassen, kann immerhin Rechte und Verbindlichkeiten unter ihnen begründen, aber es kann und darf auch nichts weiter. Dem Käufer kann also zwar nicht gewehrt werden, die geschehene Tilgung der Schuld anzunehmen; aber nur auf seine Gefahr, und damit kein Dritter gefährdet werde, muß das Verhältniß in dem Kaufsinstrumente bemerkt seyn. Auch darf eben deßhalb in dem hiernächst zu berichtigenden Folium des Hypothekenbuches die Post nicht übergangen, es muß vielmehr derselben, wenn schon mit der Bemerkung der vorgeblichen Tilgung, ausdrücklich Erwähnung geschehen.

Eben so wird sich der Richter vor künftiger Verantwortung sicher stellen, wenn von irgend einer, zwar nicht wesentlichen, aber doch zur Sicherheit der Interessenten gereichenden Formalität auf jener ausdrückliches Verlangen Umgang genommen wird. Er wird nämlich sein ihnen gemachtes Ansinnen und dessen Gründe, dann ihre Erklärung darauf zum Protokoll niederschreiben, also daß jeder, der auf den Grund eines solchen Geschäfts künftig mit den Contrahenten sich einläßt, einsehen kann, was früher an der Sache für Ausstellungen gemacht worden, mithin sich selbst vorzusehen im Stande ist. (Seite 99.) — So kann und muß ver-

nünftige Liberalität mit der zweckgemäßen Vorsicht vereinigt werden. Wer sich nicht auf diese Kunst versteht, kann sich und Andern das Geschäftsleben verbittern, ohne für den eigentlichen Zweck seines Wirkens nützlich zu werden. Vor lauter Genauigkeit im Einzelnen verliert er Zweck und Anordnung des Ganzen aus den Augen; er wird nie fertig, und gleicht einem Landmanne, der über dem mühsamen Ausgäten seines Ackers und Reinigen des Saamens nicht zum Säen käme. — **Infelix operis summa, quia ponere totum nescit!**

§. 87.

II. Wahrheit.

Die Willenserklärung muß auch wahr und aufrichtig erklärt, d. h. sie muß frei und ernstlich seyn 1).

1) Sie ist nicht frei, wenn sie durch Zwang bewirkt worden; aber sie ist nur in sofern nichtig, als der Zwang widerrechtlich ist. Sie ist ferner nicht frei, wenn der Erklärung ein Irrthum zum Grunde liegt. Doch wirkt nur der Irrthum in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung, oder in der Person dessen, der durch die Willensäusserung ein Recht erlangen soll, eine Ungültigkeit des Geschäfts, so wie der Betrug in Ansehung aller dadurch bewirkten Willensäusserungen. Dem Richter wird es übrigens oft leichter werden, einen Irrthum zu heben, als dem Betrug mit Erfolg entgegen zu wirken. Der Betrogene ist nicht selten so befangen, daß er betrogen seyn zu wollen scheint. Wenn hier gleich nicht sowohl der Begriff vom Betrug, als eines im rechtswidrigen Vorsatz erregten Irrthums, Statt findet, als vielmehr eine Art von psychischem

---

1) J. H. Boehmer de suspectis conventionum formulis; in exerc. ad pand. T. II. Ex. 27. p. 223.

Zwange bei dem zwischen zwei Uebeln wählenden Betrogenen eintritt; so ist doch wenigstens in der Wirkung die Sache nicht gebessert für den, der darunter leidet und der es wohl einsieht, daß er zu kurz kommt, aber sich nicht zu helfen weiß. Dieß ist der Fall bei den meisten wucherlichen Verträgen, und so lange der Obrigkeit nicht die Mittel in die Hände gegeben sind, selbst der Verlegenheit des Schuldners abzuhelfen m), wird sie nicht hindern können, daß der sich in Nöthen befindliche Darlehensempfänger lieber einen wucherlichen Vertrag eingeht, als ganz hülflos bleibt. Die Hülfe des Juden, so theuer sie ist, ist doch eine Hülfe. Ich erinnere mich eines Falles, wo die Valuta eines vor Gericht contrahirten Darlehens eines Juden an einen Christen wirklich baar auf dem Gerichtstische dem Empfänger hingezahlt, und doch hinterher der Einwand des nicht vollständig bezahlten Geldes sehr glaubhaft gemacht wurde, weil der Christ dem Sohne Israels vorwarf, daß dieser sich vermöge vorhergegangener Verabredung beim Hinausgehen aus dem Gerichtshofe einen Theil des Geldes wieder habe zurückgeben lassen. Der Jude hat hier den armen Christen schändlich übervortheilt, und jedermann wird Zeter über das Unrecht schreien, aber vielleicht keiner würde sich gefunden haben, der sich zu rechter Zeit zu einem Vorlehen an den bedrängten Mitbruder verstanden hätte!

---

m) Dazu wäre freilich ein sehr ergiebiger Fond nothwendig. Aber daß nicht wenigstens für das dringendste Bedürfniß ein solcher auszumitteln seyn sollte, daran läßt sich nicht zweifeln. Man kann viel, wenn man ernstlich will, und man muß wollen, sobald man weiß, daß und wo Hülfe Noth thut. Sollte nicht besonders in Gegenden, wo über den Wucher der Juden schwer geklagt wird, durch zweckmäßig organisirte Creditsysteme zu helfen seyn?

2) Die Einwilligung muß auch ernstlich seyn. Daß man Geschäfte vor Gericht zum Scherze vornimmt, mag wohl in der Praxis selten vorkommen, und da wir es zunächst nur mit Gerichtshandlungen hier zu thun haben, so wollen wir dabei auch nicht verweilen. Wohl aber fordert der ernstliche Wille, in wiefern derselbe im Gegensatze von Schein (Simulation) genommen wird, eine nähere Betrachtung.

§. 88.

Von Scheingeschäften n).

Es lassen sich mancherlei moralisch und rechtlich untadelhafte Veranlassungen denken, aus welchen zwei Personen das mit einander geschlossene Geschäft vor den Augen Dritter, die dabei kein rechtliches Interesse haben, geheim halten wollen o). Oft läßt sich dieß nun aber nicht anders bewirken als dadurch, daß man diese Dritten glauben macht, es sey ein anderes Geschäft zu Stande gekommen, als dasjenige, was unter den Betheiligten wirklich Verkehrsgegenstand gewesen. Hier ist es, wo unter den Betheiligten in Bezug auf den Dritten ein Scheingeschäft besteht, oder das Uebereinkommen, daß es mit dem vorgegebenen Rechtsgeschäfte nicht Ernst seyn, sondern selbiges nur zum Vorwande für ein anderes, geheim gehaltenes, dienen solle. Die rechtlich und selbst moralisch unverwerflichen Beweggründe eines dergleichen Scheingeschäfts können

---

n) Sam. a Cocceji in jure contr. civ. Lib. XVIII. Tit. 1. qu. 51. sqq.

o) Potest et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari: sicuti faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant, et tuentur vel sua vel aliena. L. 1. §. 2. D. de dolo malo.

mancherlei seyn. Sie können in der Erhaltung der Ruhe einer Familie, in der Vermeidung des besorglichen Aufsehens bei gewissen Unternehmungen, in der Beförderung einer erlaubten Speculation besonders im merkantilischen Verkehre liegen u. s. w. Wird damit kein Verbotsgesetz unwirksam gemacht, kein Dritter benachtheiligt, so ist auch kein Grund vorhanden, eine dergleichen Simulation für unerlaubt zu halten. Cajus, ein bejahrter Mann, der keine Notherben hat, sondern bloß entfernte Seitenverwandte als nächste Intestaterben, wünscht seinen alten Freund Titius mit 1000 fl. auf seinen Tod zu bedenken. Weil er Zudringlichkeiten von seinen Verwandten besorgt, unterläßt er, eine letztwillige Verordnung zu errichten; die Zuwendung der Schenkung bewirkt er durch eine simulirte Darlehensverschreibung. Er macht glauben, daß ihm Titius die 1000 fl. gelehnt habe, die er demselben zum Geschenk bestimmt hat.

Bei einem dergleichen Geschäfte wird also vor allem vorausgesetzt, daß beide handelnde Personen wissen, daß ein Scheingeschäft unter ihnen bestehe, und daß nicht bloß eine allein zum Scheine handelt und die andere betrügt.

§. 89.

Arten von Scheingeschäften; 1) gleichgültige.

Aus dem eben Bemerkten und aus dem Begriff überhaupt folgt:

1) Wenn die Theilnehmer eines Geschäfts unter sich übereingekommen sind, daß dieses Geschäft überhaupt ungültig sey, ohne zu verabreden, daß und welches andere Statt finden solle, so hat es bei der Verabredung das Bewenden. Es ist eben soviel, als wenn sie gar nichts verabredet hätten, — eine gleichgültige, keine

keine Veränderung im Rechtszustande wirkende Handlung, also gar kein Rechtsgeschäft. Ein solcher Fall, wo die Contrahenten ein bloßes Possenspiel ohne alle reelle Absichten treiben, wird übrigens im wirklichen Leben wohl zu den Seltenheiten gehören.

§. 90.

Fortsetzung. 2) verbotene.

2) Ist das Scheingeschäft, worunter ein anderes versteckt ist, mit beiderseitigem Einverständnisse zur Vereitelung eines Verbotsgesetzes (z. B. ein Kauf mit einem Familien-Sohne zur Bemäntelung eines nach dem Macedon. Rathschlusse verbotenen Gelddarlehens) oder sonst zur rechtswidrigen Täuschung eines Dritten geschlossen (z. B. ein simulirtes Darlehensgeschäft eines Schuldners zur Verkürzung seiner Gläubiger); so gehört es unter die verbotenen Verträge, und es können für den Betrogenen daraus nur Rechte entstehen p). Auch der vorhin §. 75. bemerkte jüdische Darlehens- und Pachthandel ist von dieser Art. Es kommt dabei nichts darauf an, ob das ganze Geschäft simulirt ist, oder nur einzelne Verabredungen; ob das ganze Darlehensgeschäft, wornach der Concursifex seinem Schwiegervater laut ausgestellter Urkunde 1000 Thaler schuldig geworden, ein Blendwerk ist, oder bei einem wirklichen Kaufe zwischen A und B über das Grundstück, worauf dem C ein Näherrecht zusteht, nur der vorgegebene Kaufpreis, den jene zum Schein höher stipulirt haben, um dem C die Ausübung seines Näherrechts zu verleiden. Betrügerische Simulationen dieser Art geschehen auch

---

p) L. 7. §. 9. D. de pactis.
L. 49. pr. de act. emti et vend.
Boehmer in cit. exercit. Cap. II.

durch Errichtung von Kauf=, Tausch=, Pacht=, Miethe= und andern dergleichen Verträgen über ein unbewegliches Gut, wobei demselben durch fälschlich vorgegebene höhere Preise zum Schein ein größerer Werth beigelegt und dadurch der Speculation des creditbedürftigen Besitzers Vorschub gethan wird q). Bei handlohnbaren Gütern bedient man sich des umgewandten Kunstgriffs, indem ein niedrigerer Kaufpreis vorgespiegelt wird, um den Handlohnsberechtigten am Laudemium zu defraudiren. Für die Interessenten selbst können aus dem vorgegebenen Geschäft (negotium simulatum), nach ihrer eigenen Willensmeinung keine Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, und eben so wenig aus dem versteckten Handel (negotium dissimulatum) als gesetzwidrig. Beispiele solcher verbotenen Simulationen liefern in der Provinz, wo ich dieses schreibe (vielleicht wohl auch anderwärts), häufig die Verträge zwischen Christen und Juden, besonders über unbewegliche Güter. Den letztern ist der Ankauf von Landgütern zum Handel verboten, und damit einem großen Unfug r) besonders bei dem Dismembriren derselben begegnet. Der Jude Itzig weiß es aber so einzurichten, daß er des Gutes des

---

q) In Preußen fand man sich veranlaßt, gegen diesen Mißbrauch im Jahr 1802 eine eigene Verordnung zu erlassen.

Amelang's neues Archiv der preuß. Gesetzgeb. II. Bd. 3. Heft S. 311. (Berlin 1802. 8.)

Wie sich der Creditgeber bei der Beurtheilung des Werths des Hypothekenobjects vorzusehen habe, vergl. meine Anleitung zum vorsichtigen Creditiren ꝛc. (Erlangen 1815. 8. bei J. J. Palm u. E. Enke) §. 151. ff.

r) Hierüber kann man vergleichen: Ueber Güterzertrümmerungen u. Grundstückhandel. Erlangen 1816. 8. bei J. J. Palm u. E. Enke.

verschuldeten und liederlichen Bauers Dümmler doch habhaft wird, den Profit einsteckt, das Gesetz verhöhnt und den Handlohnsberechtigten um sein Handlohn bringt, welches, erschiene er als Käufer, von ihm zu entrichten seyn würde, und das hier eine hübsche Summe ausmacht. Wie macht er's? — Er geht mit dem Bauer einen Kaufvertrag auf 4000 fl. ein, zerschlägt das Gut und verkauft es einzeln für 5500 fl. Er bezahlt die 4000 fl. an den Bauer und dessen Gläubiger, die 1500 fl. bleiben ihm. Zur Versteckung dieses gesetzlich verbotenen Geschäfts betreibt der Bauer die Dismembration scheinbar ganz für eigene Rechnung, erhält die Erlaubniß zu dem Unternehmen, und verkauft die vereinzelten Parzellen des aufgelösten Gutskörpers. Der Jude, obgleich die Seele des ganzen Handels, blieb bis jetzt ganz hinter den Coulissen, und leitete nur unbemerkt das Geschäft. Jetzt, nachdem die vereinzelten Stücke an den Mann gebracht sind, und es zur Zahlung der Kaufgelder und zur Ab- und Zuschreibung sowohl vor der Grundherrschaft als der Gerichtsbehörde kommt, alles scheinbar für Rechnung des Bauers, tritt er wie ein Deus ex machina auf, und läßt sich die Kaufgelder bis zum Betrag seines Profits, der 1500 fl., dem Scheine nach cediren.

Was der Richter, der nicht ganz Neuling in diesem jüdischen Trafik ist, und übrigens — was freilich die Hauptsache ist — seine Pflicht kennt, hier zu thun hat, wird er selbst wissen. Wir an seiner Statt würden uns nicht damit entschuldigen zu können glauben, daß wir ein, doch so zusammengesetztes Verkehr, wo so manche Ressorts in Bewegung gesetzt werden müssen, um es vom Anfange bis zum Ende durchzuführen, in keiner einzigen seiner mannigfaltigen Verzweigungen für ein loses Gaukelspiel zu erkennen vermocht hätten. Wir

würden die Verwandten und Freunde des Bauers vernehmen, den Juden zum Nachweis der gezahlten Valuta auffordern, den bethörten Bauer selbst auf seinen wahren und erlaubten Vortheil aufmerksam machen. Freilich wenn dieß von dem Advokaten des Juden als ein himmelschreiender Eingriff in wohlerworbene Rechte, als ein tumultuarisches Verfahren, als ein Exceß wider die heilsamen Grundsätze der Verhandlungsmaxime, die den Richter verpflichtet, sich leidend zu verhalten, und in bürgerlichen Sachen nicht von Amtswegen zu verfahren, mit einem Wort als Verläugnung des beliebten Richter-Indifferentismus zum Gegenstand einer Beschwerde oder Extrajudicial-Appellation gemacht wird: so kann ich mit meinem guten Willen schlecht wegkommen; doch wohl aber nur — wenn ich es ungeschickt anfange. — Bei diesem und ähnlichen (§. 75.) betrügerischen Geschäften und Durchstechereien wird es von ersprießlicher Wirkung seyn, auch die Gemeinde- und Armenpfleg-Ausschüsse mit ihrer Meinung zu hören. So scheinbar gleichgültig der gemeine Mann in Fällen dieser Art, und überhaupt bei den Angelegenheiten seines Nachbars sich benimmt, die ihn zunächst nicht berühren, so wenig er sich besonders zum Werkzeug der obrigkeitlichen Einschreitung gegen seines Gleichen gern gebrauchen läßt, so verschieden von dieser Maxime äussern sich seine Ansichten und seine Thätigkeit, wenn es darauf ankommt, von der Commune, also auch von jedem einzelnen Individuum, die Gefahr der Versorgung eines zu verarmen drohenden Gemeindeglieds abzuwenden. Jeder glaubt sich dann die nächste Treue schuldig zu seyn. Man darf also nur hievon den gehörigen Gebrauch zu machen wissen, und man wird meist darauf rechnen dürfen, die bezielten Entdeckungen über geheime Verständnisse zu machen, wenn man — das muß freilich immer vorausgesetzt

werden — überhaupt darauf ausgeht, dergleichen zu machen! s).

Ein Scheingeschäft anderer Art, aber eben so practisch, begibt sich häufig bei Gutsabtretungen der Aeltern auf dem Lande, besonders der Ackerwirthe, an ihre militärpflichtigen Söhne. Die Aeltern geben vor, wegen Alters und Gebrechlichkeit ihrer Ackernahrung nicht mehr vorstehen zu können, und deßhalb genöthigt zu seyn, dieselbe ihrem Sohne verkäuflich abzutreten. Alles kommt dabei auf die Richtigkeit des vorgeschützten Unvermögens an. Oft wird dasselbe auch durch Zeugen, durch das beistimmige Gutachten der betheiligten Familienväter, durch ärztliche Untersuchung bestätigt. Allein dieses Unvermögen ist häufig sehr relativ. Hätte der Vater nicht einen an der Militair-Aushebung stehenden Sohn, und dieser nicht mehr Lust hinter dem Pfluge als hinter der Trommel herzugehen, der Vater würde noch nicht an "das Aufgeben," wie man hier zu Lande sagt, und "sich auf die Kinderbank setzen" gedacht haben. Der Kauf, vielmehr die Gutsabtretung, ist also mehr oder weniger so ernstlich nicht gemeint. Es wird zwar ein förmlicher Kaufvertrag gerichtlich aufgenommen, Kaufpreis, Altentheil u. s. w. regulirt, aber mit der eigentlichen Uebergabe übereilt man sich nicht, wenn nur der Sohn einmal den Militair-Abschied hat. Fragt man, warum der Vater nach wie vor wirthschaftet, so

---

s) Freilich — und ich setze dieß nach einer weitern zehenjährigen Praxis hinzu — muß das vernünftige und pflichtmäßige Ermessen des Beamten nicht zu sehr beschränkt seyn. Wo seine Verdienstlichkeit nur nach der Beobachtung der Formen gemessen wird, also wo die Maxime gilt, daß der Geist tödte und die Form lebendig mache — da freilich bleibt dem Beamten nichts übrig, als den trauernden Zuschauer zu machen.

gibt man vor, daß der Sohn noch nicht zu einer vortheilhaften Heirath habe kommen können, und so können die Aeltern leicht noch eine Reihe von Jahren die Besitzung für ihre Rechnung bewirthschaften, während der Sohn seine Pflicht gegen den Staat gleich Andern hätte erfüllen können, statt daß er jetzt nur Bauer auf dem Papier ist und die vorgeblich nothwendige Abtretung und Uebergabe wegen Unvermögens der Aeltern zur eigenen Bewirthschaftung simulirt erscheint. Diesem Mißbrauche, wodurch sich einer gesetzlichen Verpflichtung zum Nachtheil anderer Militärpflichtigen entzogen wird, kann vorgebeugt werden, wenn strenge darauf bestanden wird, daß die Uebergabe an den Sohn sofort vollzogen werde, und dieser durch Verheirathung eine eigne Wirthschaft anrichte. Denn sobald der Sohn eine Frau nimmt, hört die Herrlichkeit der Alten von selbst auf, weil sich zwei Paare nicht in einem Neste vertragen.

§. 91.

Fortsetzung; 3) erlaubte.

Wir haben die gesetzlich nicht gebilligten Scheingeschäfte betrachtet, und gehen nun

3) zu dem Falle, wo die Contrahenten unter dem Scheingeschäft ein anderes verborgen haben, an dessen Rechtsbeständigkeit kein Mangel erscheint. In diesem Falle gilt letzteres oder das dissimulirte Geschäft nach der Rechtsregel: **plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur** t).

Man sieht leicht ein, daß die Theorie von Scheingeschäften rücksichtlich der Vertragschließenden auf dem einfachen Satze beruht:

---

t) tot. tit. C. plus valere quod agitur etc. (IV, 22.).

unter den Contrahenten gilt dasjenige Geschäft, welches in der Absicht, daß es gelten solle, rechtsbeständig abgeschlossen worden ist.

Im Allgemeinen läßt sich also auch gegen die Moralität eines Scheingeschäfts eben so wenig etwas erinnern, als wenn zwei Personen über ihre Angelegenheiten leise mit einander reden, aber hin und wieder durch ein lautes Wort oder durch Mienen und Geberden den neugierigen Horcher irre zu führen suchen. Auch möchte ich nicht geradezu die Unstatthaftigkeit der richterlichen Mitwirkung bei einem Scheingeschäfte der erlaubten Art behaupten. Es könnte vielmehr als ein Eingriff in die Rechte der Parteien erscheinen, wenn der Richter eine dergleichen Uebereinkunft durch mißverstandenen Eifer für Aufrichtigkeit oder aus einem eingebildeten Berufe für Oeffentlichkeit, da wo sie aus vollkommenem Rechte niemand fordern kann, hindern wollte; nicht zu gedenken, wie leicht er sich hier durch eine unzeitige Strenge des Vertrauens der Parteien verlustig machen könnte, wovon er gerade bei solchen Geschäften zur Verhütung von Mißbräuchen wirksamen Gebrauch machen kann. Indessen wird man doch wohl sicherer gehen, wenn man als Regel annimmt: die Theilnahme an einem Scheingeschäft vertrage sich aus höhern Rücksichten für die Erhaltung der Richterwürde, sowie auch schon der möglichen Mißbräuche wegen, nicht mit den Anforderungen an das Amt des Richters überhaupt und an das allgemeine Vertrauen zu demselben.

§. 92.

Uneigentliche Simulationen.

Bisweilen geschieht es, daß etwas anderes verhandelt als schriftlich vorgegeben wird, ohne daß man ein eigentliches Scheingeschäft annehmen kann. Ich rechne hieher

a) wenn in der Absicht einer widerrechtlichen Täuschung ein Geschäft mit einem willkührlich gewählten Namen bezeichnet wird, welches sich jedoch als das, was es ist, aus seinen Merkmalen leicht erkennen läßt. Wäre letzteres nicht, so würde man ein eigentliches Scheingeschäft annehmen müssen, und zwar, wie sich von selbst versteht, der verbotenen Art. Z. B. es kauft jemand ein handlohnbares Gut in der Absicht, es auf Profit wieder zu verkaufen. Um an den Handlohnsberechtigten kein Laudemium bezahlen zu dürfen, verabredet man mit dem Verkäufer, einen Vollmachtsvertrag vorzubilden. Die Veranlassung geben hauptsächlich die Dismembrations-Speculationen, wovon vorhin die Rede war, und der Vertrag wird gewöhnlich so gefaßt. Statt zu sagen, der A verkauft dem B seinen Hof für 6000 fl. und überläßt demselben, das Immobile für eigene Rechnung zu zertrümmern, also so vortheilhaft als er selbst wolle und könne, die dismembrirten Stücke zu verkaufen, wird, damit der B nicht als Käufer Handlohn bezahlen darf, sondern nur seine Nachkäufer, vorgespiegelt, als ob das Eigenthum unmittelbar von dem A auf diese Nachkäufer übergegangen wäre. Der s. g. Vollmachtsvertrag wird ohngefähr so gefaßt u): "Der A bevollmächtigt zur Auswirkung des "Dismembrations-Consenses für seinen Hof und hier-"nächst zum theilweisen Verkaufe nach eigenem Gutbe-"finden den B unter der Bedingung, daß dieser ihm, "dem A, für den Hof 6000 fl. schaffen müsse. Sollte "B auch weniger erlösen, so müsse er dennoch die be-"nannte Summe der 6000 fl. dem A bezahlen; dagegen

---

u) Sogar gerichtliche dergleichen Verträge sind in der Praxis mancher Gerichte leider schon vorgekommen. Dabei wird es nun freilich mit der causae cognitio so genau nicht genommen, auch wohl mit der fides judicialis nicht.

"solle B auch den Mehrerlös für seine Belohnung er-
"halten." Ich nenne dieses Geschäft ein uneigentliches Scheingeschäft, weil das, was zwischen dem A und B hier verhandelt worden, seinem Wesen und seinen Wirkungen nach nichts anderes als ein Kaufvertrag ist, indem A dem B eine bestimmte Sache für eine bestimmte Summe Geldes überlassen hat, und niemand, der nur einige Rechts- und Geschäftskenntniß hat, wird sich durch den willkührlich gewählten Namen irre führen lassen. Das Geschäft ist also von der Art, daß es von selbst seine Benennung als unpassend darstellt.

b) Zu den uneigentlichen Scheingeschäften rechne ich es auch, wenn in der Absicht, bei gewissen Arten des Verkehrs keine Stockung zu verursachen, etwas als schon geschehen angenommen wird, was nach dem eigentlichen Geschäftslaufe gleichwohl noch nicht geschehen ist, sondern erst später erfolgt. Dieß geschieht häufig bei dem Geldverkehre. Man stellt in Erwartung der Valuta einen Schuldschein, eine Quittung aus, und bekennt darin den Empfang des Geldes, das man noch nicht empfangen. Besonders ereignet sich der Fall sehr häufig bei den Operationen vor dem Hypothekenbuche. Denken wir uns folgenden Fall: Sejus ist gegen Verpfändung seines Gutes dem Pomponius 3000 fl. schuldig. Um diesen zu befriedigen, verspricht Scävola jenem ein Darlehen von 3000 fl., will jedoch das Geld nicht anders als gegen Aushändigung der vollständigen Versicherungs-Urkunde, d. h. des Obligations-Instruments mit beigefügtem Hypothekenschein über die schon geschehene Eintragung zur ersten Stelle hergeben. Hier tritt aber eine Collision mit dem Pomponius ein, weil dieser die erste Stelle der Regel nach so lange einnimmt, bis er bezahlt ist, was gleichwohl nicht anders als mit dem neuen Darlehen des Scävola erfolgen kann. Will

dieser nun das Geld nicht eher hergeben, als bis er die Versicherung der wirklich geschehenen Eintragung in der Hand hat, und Pomponius seines Orts sich nicht eher löschen lassen, bis er befriedigt ist, was doch nur mit dem neuen Darlehen geschehen kann: so wird das Geschäft wohl nicht zu Stande kommen, denn beide verlangen von dem Sejus und von der das Hypothekenbuch führenden Behörde etwas Unmögliches. Auch können bei dem raschesten Geschäftsgange der Natur der Sache nach die mit Schreibereien verknüpften Operationen vor dem Hyp. Buche nicht mit der Beschleunigung erfolgen v), und das Geben des Geldes und der Empfang der Sicherheit dagegen so Zug für Zug geschehen, wie bei dem Faustpfandverkehre. Gesetzt nun aber Scävola bestünde eigensinnig auf seinem Verlangen w), jedoch Pomponius ließe sich in zuverlässiger Erwartung der nicht ausbleibenden Bezahlung bereit finden, einstweilen zu quittiren und seine Forderung im Hyp. Buche löschen zu lassen, Sejus ließe auch dem Scävola das Obligations-Instrument mit dem Hyp. Schein ausfertigen, eben so, als ob die erst noch zu zahlende Valuta schon bezahlt wäre: so wäre hier eigentlich ein doppeltes Scheingeschäft vorgegangen, jedoch nur ein uneigentliches. Denn es ist nicht die Absicht der Interessen-

---

v) Ueber den gewöhnlichen Gang des Verfahrens hierbei vergl. das Formular Lit. F.

w) Wenn der neue Darleiher hier sicher gehen will, so darf er nur dafür sorgen, daß Pomponius mit seinem Gelde befriedigt wird, uud er rückt alsdann für sich selbst in die erste Stelle, die jener bisher eingenommen hat. Allein mancher Darleiher will sich's eben gar bequem machen, oder ist schlechterdings nicht zu bedeuten; und doch läßt sich hier, wo so vieles oder alles auf den guten Willen dessen, der das Geld gibt, ankommt, nicht gut mit ihm rechten.

ten, rücksichtlich dessen, was verhandelt worden, sich oder einen Dritten zu täuschen. Eine andere Frage ist es; was haben die Betheiligten zu thun, um sicher zu gehen, daß eine dergleichen Präposterirung nicht gemißbraucht werde? Es kommt hiebei alles darauf an, daß derjenige, welcher in Erwartung gewisser Leistungen sich schon als befriedigt vorläufig erklärt, für seine Sicherheit durch eine Rückversicherung (Revers) oder eine andere geeignete Maßregel sorgen müsse, also in dem gegebenen Falle Sejus durch Nichtaushändigung des Obligations-Instruments an Scävola als nur gegen Baarerlegung des Geldes, und Pomponius dadurch, daß er sich dieses Document zur Erhebung des Geldes bei Scävola einhändigen läßt.

Auch die eigenthümlichen Bestimmungen des römischen Rechts über die literarum obligatio — nämlich über den chirographarischen Vertrag und die Brautschatzbestellung — ingleichen rücksichtlich der Beweiskraft der Quittungen gehen von der Vorstellung eines dergleichen Scheingeschäfts der uneigentlichen Art aus.

§. 93.

III. Gewißheit.

Die Willenserklärung muß ausserdem, daß sie gesetzmäßig, also rechtlich möglich ist (§. 83. ff.), auch wirklich eine solche seyn; sie muß wahr und aufrichtig, also frei und ernstlich, im Gegensatze von Zwang, Täuschung und Schein (§. 87. ff.), aber auch gewiß seyn. Für diese letztere Eigenschaft bürgt uns die Art und Weise, wie die Gedanken der Erklärenden ihrer Absicht gemäß mit mehr oder weniger Zuverlässigkeit ausgedrückt sind. Wir können eine mit Wahrheit und Aufrichtigkeit erklärte Willensmeinung nicht verste-

hen, weil der Erklärende nicht die Gabe hat, sich verständlich zu machen, ungeachtet er es will. Jene Wahrheit und Aufrichtigkeit der Erklärung beruht auf Eigenschaften des Willens; die Gewißheit derselben auf Eigenschaften des Verstandes. Soll der Ausdruck unsers Willens gewiß seyn, so muß er durch Worte oder Zeichen zur allgemeinen Verständlichkeit gebracht werden. Es gibt aber eine wirklich erklärte und eine aus Handlungen vermuthete Einwilligung.

Eine wahre Einwilligung (consensus verus) ist vorhanden, wenn dieselbe ausgedrückt ist:

1) durch Worte oder Zeichen, nach dem allgemein angenommenen Gebrauche der Gedanken-Mittheilung (eonsensus expressus),

2) durch (Begehungs- oder Unterlassungs-) Handlungen, woraus sich die Einwilligung mit Sicherheit erkennen läßt (consensus tacitus). Man nennt diese Handlungen facta concludentia, und es gehört hieher namentlich das qualificirte x), nicht das simple y) Stillschweigen.

Eine vermuthete Einwilligung (consensus praesumtus) ist vorhanden, wenn dieselbe bloß aus allgemeinen, auf der bekannten Handlungsweise eines einzelnen Menschen überhaupt beruhenden Gründen als wahrscheinlich angenommen wird z).

---

x) C. 43. de R. J. in 6to.

y) L. 142. D. de R. J.

z) Vergl. K. H. v. Gros Lehrb. d. philos. Rechtwiss. §. 187. 188. Man darf also den consensus tacitus mit dem consensus praesumtus nicht für einerlei halten, auch letzteren nicht für identisch mit dem s. g. c. fictus, den man ehedem als Grund der Verbindlichkeit der Quasicontracte angenommen hat, der aber eigentlich gar nicht zum Genus der Con-

Wir halten uns dem Zwecke dieser Abhandlung gemäß bei bloß stillschweigenden und vermutheten Willenserklärungen, ihren rechtlichen Erfordernissen und Wirkungen nicht auf; sie gehören in den Kreis der Beurtheilung einer schon vorhandenen Willenserklärung, nicht hieher, wo es sich davon handelt, eine unzweifelhaft gewisse, also ausdrückliche Einwilligung zu bewirken.

§. 94.

Mittel zur Bewirkung der Gewißheit des Willens; a) Kenntniß der Sprache der Parteien.

Da hier die Willenserklärung vor allen durch Worte deutlich ausgedrückt werden soll, so ist ein wesentliches Erforderniß, daß der Richter, welcher die Erklärung vernimmt und hiernächst niederschreiben läßt, die Sprache des Erklärenden vollkommen verstehe. Es ist hier nicht sowohl von dem Falle die Rede, wo das Gericht nicht die Sprache der Parteien spricht. In diesem Fall ist ein Dolmetscher beizuziehen, und es lassen sich dießfalls keine zweckmäßigere Verfahrungs-Regeln vorschreiben, als sie in der preuß. Gerichtsordnung a) enthalten sind. Wir haben es hier nur mit solchen Richtern und Parteien zunächst zu thun, deren Muttersprache die deutsche ist. Auch hier versteht sich indessen nicht alles von selbst. Es ist in der That nicht immer eine

---

sense gehört, womit man vielmehr nichts anders ausdrücken will, als daß hier die Gesetze auch ohne Consens eine Verpflichtung aus Gründen der Billigkeit und des gemeinen Besten anerkennen, wie sie sonst nur auf den Grund eines wirklichen oder vermutheten Consenses Statt findet. Weber von der nat. Verbindlichk. §. 24. ff.

a) Th. II. Tit. 2. §. 37—41. Ich habe für diejenigen, welche dieses Gesetzbuch etwa nicht besitzen, die bezogenen Stellen unter den Beilagen sub. Lit. G. beigefügt.

leichte Aufgabe, mit Personen aus den niedern Ständen, besonders aus der Classe der Landbewohner, sich zu unterhalten und gegenseitig verständlich zu machen. Vornämlich findet der Richter aus einer andern Provinz hier oft gar eigenthümliche Schwierigkeiten, nicht sowohl um verstanden zu werden, (denn wenn er selbst gut deutsch spricht, so hat es eben keine Noth, daß ihn nicht auch der Bauer an der Isar oder an der Spree versteht, so gut als den Prediger auf der Kanzel), als vielmehr um zu verstehen. Denn hier stößt man ausser dem eigenen Jargon, auch oft auf ganz sonderbare Ausdrücke, Constructionen und Wendungen der Rede, die recht gut deutsch und verständlich in die Ohren klingen, womit aber eben leider der gemeine Mann einen ganz andern Begriff verbindet, als das hochdeutsche Wörterbuch oder die Grammatik. So spricht der Bauer in der Gegend, wo dieses geschrieben wird, häufig in einer Art von vornehmer Affectation im Imperfectum statt im Präsens. Z. B. "Ich gab meiner Tochter "1000 fl. zum Heirathsgut (wohl zu merken: sie soll es "erst bekommen); wir waren (sind jetzt) ganz in Rich- "tigkeit mit einander ꝛc. Ferner gehören hieher Aus- "drücke folgender Art: Er ist von Jugend auf ein sehr "erkenntlicher (gelehriger) Mensch gewesen; — er "schrieb seinen Namen unter den Schuldschein, ver- "muthlich hat er (es versteht sich von selbst, daß er) "das Geld erhalten; — hierauf hat er vielleicht "(ungefähr) folgendes geäussert" ꝛc. — Hierzu kommen ausser dem Heere rein provinzieller Redensarten noch eine Menge Ausdrücke, in Beziehung auf Ackerbau und ländliche Gewerbe, die ganz lokal sind, und die man oft erst nach langem Umgange mit dieser Volksclasse und dadurch erlangter Kenntniß ihrer sittlichen Eigenheiten, Gebräuche, Gewohnheiten und Lebensart verstehen lernt. Der Richter, welcher hier noch nicht viel

Erfahrung hat, muß sich also hüten, daß er nicht zu rasch den Sinn der Rede dieser Leute aufgefaßt zu haben glaubt. Er muß ihnen ihre Erklärung besonders in den wesentlichen Punkten in seiner Sprache wiederhohlen, die Gedanken zergliedern und in verschiedenen Formen vorstellen; er muß endlich — eine sehr heilsame Maßregel — eines der gebildetern Gemeindeglieder als Beistand, als eine Art von Dolmetscher, zuziehen.

§. 95.

Fortsetzung. b) Kenntniß der Motive des Geschäfts.

Um indessen die wahre Willensmeinung der Parteien zu vernehmen, reicht man mit der bloßen Kenntniß der Sprache derselben und ihrer Ausdruckseigenheiten allein noch nicht aus. Denn es kommt hier nicht bloß auf einen sprachrichtigen, also formell zuverlässigen Willensausdruck an; man muß sich auch von dessen materieller Richtigkeit überzeugt halten dürfen, oder das Ganze der gerichtlichen Mitwirkung ist nicht viel werth. Betrug, Irrthum, Uebereilung werden auf dem gewöhnlichen einfachen Wege der Gedanken-Mittheilung noch lange nicht gehoben, zumal bei gewissen Menschen, die es mit der Logik so genau nicht zu nehmen pflegen. Um zur Gewißheit zu kommen, was ihre eigentliche Millensmeinung ist, muß man sich gewissermaßen erst den Weg zu ihrem Innern öffnen. Man muß sich daher vor allen mit den individuellen Verhältnissen des Falles, soweit es zur Erklärung der eigentlichen Willens-Motive diensam ist, vertraut machen. Man darf sich also nicht begnügen, bloß die Resultate des Geschäfts, z. B. von wem? an wen? was? wie theuer? unter welchen Nebenabreden? verkauft wird, zu vernehmen. Vielmehr muß man sich wo möglich in den Anfang des Geschäfts zurück versetzen, und dessen Verlauf mit den Interessenten kürzlich durchgehen; wohl

verstanden jedoch, nur soweit als dieses zur Erkenntniß der Willensbestimmung, und diese wiederum zur Ueberzeugung führt, und vernünftiger Weise dazu diensam seyn kann: daß die Willenserklärung zuverlässig sey. Darum muß auf der einen Seite unnütze Weitläufigkeit, und auf der andern vor allen Dingen der Verdacht unziemlicher Neugierde vermieden werden. Die Unterredung mit den Parteien, die zu diesem Ziele führen soll, muß daher der Würde des richterlichen Amtes angemessen seyn, sie muß nicht in ein zeitverderbendes Geschwätz ausarten, aber auch nicht auf eine ungebührliche Erforschung der Geheimnisse der Parteien ausgehen, sondern einzig die Absicht haben,

die wahre Willensmeinung der Betheiligten, welche diese zu verheimlichen selbst kein Interesse haben können, zu vernehmen.

Diese Unterredung soll also nur das Mittel seyn, dem in der natürlichen Blödigkeit und Zurückhaltung, oder auch in der Sorglosigkeit gewisser Menschen liegenden Hindernisse der für den Zweck des Geschäfts nothwendigen Mittheilung zu begegnen und so nachherigen Einwendungen von Mißverständnissen, Ueberlistungen u. s. w. rechtzeitig abhelfen. Diese sorgfältige Informations-Einziehung hat oft schon während der Verhandlung ganz andere Resultate geliefert, als man nach dem ersten Vorbringen der Parteien niederzuschreiben versucht gewesen war.

Ich brauche kaum noch zu erinnern, daß ich hier nur Leute aus der niedern Volksclasse, die eben darum auch gewöhnlich auf einer niedern Stufe der Bildung stehen, im Auge habe. Bei Personen von Bildung überhaupt, und in Geschäften der vorliegenden Art besonders, darf man so viel Kraft des Verstandes und Wil-

lens

lens voraussetzen, daß sie nicht blind zutappen, sondern was zu ihrem Frieden dient, selbst einsehen. Hier könnte der Richter weit eher als dort die Grenzen der Bescheidenheit überschreiten, wenn er von der bemerkten Maxime der Informations-Einziehung auch über die Motive des Geschäfts ohne weiters Anwendung machen wollte. Aber der größte Theil der Geschäfte Treibenden, besonders bei Untergerichten, gehört zu denen, die der amtlichen Fürsorge bedürfen, und gewiß oft so sehr, als viele der Curatelbedürftigen im eigentlichen Sinne. Denke man sich nur den gemeinen Mann, ohne Bildung in der Sprache und ohne Kenntniß von den Geschäfts-Erfordernissen, und so denn den größten Theil unserer Bauern, gemeinen Professionisten u. dgl. Wie wenig sind sie geschickt, den Sinn und Umfang einer, von gewandten Mitcontrahenten ihnen abgelockten, von diesen vielleicht zu Papier gebrachten Willenserklärung vollständig aufzufassen, oder die rechtliche Bedeutung und die vielleicht höchstwichtigen Folgen gewisser Ausdrücke und Clauseln einzusehen! Und doch wird dieß oft selbst bei Gerichten so leichtsinnig behandelt; die zur Stelle gebrachte Punctation, vielleicht ohne weitere Nachfrage nach der Art ihrer Entstehung, nur auf gerathewohl zum Protokoll genommen, und was bei sorgfältiger Nachfrage als Trug und Gefährde sich darstellen würde, als "getreulich und ohne Gefährde" verhandelt niedergeschrieben. Daher jene Thränen!

Der schlichte, darum auch arglose gemeine Mann hat gewöhnlich sein Augenmerk nur auf die Hauptmomente des Geschäfts gerichtet; rücksichtlich der Nebenabreden ist seine Aufmerksamkeit schon weniger gespannt. Haben vollends diese pacta eine technische Form, so klingen sie ihm vielleicht wie leere Töne zu den Ohren, und er denkt sich bei der Entsagung des Einwands der

Verletzung über die Hälfte, der Wohlthat der Vorausklagung dessen, für den er Bürgschaft geleistet hat, so wenig als bei der Formel: kund und zu wissen sey hiermit. Ein Beispiel, das mir erst kürzlich vorgekommen, mag das Gesagte belegen. A war dem B 500 fl. schuldig geworden. Nachdem dieser mehrmals seine Befriedigung vergeblich erinnert hatte, drohte er klagbar zu werden; er vereinigte sich aber aussergerichtlich mit dem A noch zu einer vierteljährigen Nachsicht, weil dieser ihm in der Person des C einen Bürgen stellte. Sie verfaßten zusammen einen schriftlichen Aufsatz, worin der A versprach, dem B die 500 fl. längstens in einem Vierteljahre zu bezahlen, und C sich anheischig machte, "auf ein Vierteljahr Bürgschaft zu leisten." Die Interessenten wollten nun, was sie aussergerichtlich festgesetzt hatten, gerichtlich protokolliren lassen. Als ich bei dieser Gelegenheit die Punctation erklärte, und daß nach derselben der C der Bürgschaft entledigt sey, wenn die Bezahlung in einem Vierteljahre nicht erfolge u. s. w. so ergab sich erst, daß das keineswegs die Meinung gewesen, sondern die Verabredung eigentlich dahin gegangen: es solle und wolle C sich verbürgen, daß der A in einem Vierteljahre längstens Zahlung leiste; der Schulmeister, der den Aufsatz geschrieben, habe sich nur nicht recht ausgedrückt. Es sey nur die Meinung gewesen, daß B dem A nicht länger Nachsicht geben solle b).

§. 96.

Das Vertrauen der Parteien, ein Mittel zum Zwecke.

Eine wesentliche Bedingung der Wirksamkeit des Richters da, wo nach der niedern Bildungsstufe der

---

b) Dieß schrieb der Verfasser vor zehen Jahren. Wie viele

Parteien seine Theilnahme mehr in positiver Art sich äussern muß, ist das Vertrauen, das diese zu ihm fassen, ihre Ueberzeugung, daß sie nur Gutes von ihm zu erwarten haben. Je ungetheilter dieses Vertrauen in Beziehung auf seine Kenntnisse, seine Erfahrung und Rechtschaffenheit ist, um desto nützlicher wird sich seine Wirksamkeit beweisen. Es gibt richterliche Beamte, — ihre Zahl ist freilich nicht sehr groß — die es mit ihren Amtsanbefohlnen deßfalls so weit gebracht haben, daß sie nicht nur in dem Falle, worauf oben schon (§. 50. n. 12.) gezielt worden, willige Folgsamkeit finden, sondern daß jene sogar oft in wesentlichen Stücken und Festsetzungen ihres Geschäfts ihre Willkühr dem Ausspruche des Richters unterordnen. Sie errichten einen Ehe- und Erbvertrag; aber sie sind, wenn sie in das Gerichtszimmer treten, oft nur darin mit einander einig, daß der Steffen die Grete heirathen, und jener und diese so und so viel in die Ehe bringen; die nähern Bestimmungen: über die wechselseitige Erbfolge, über Jahrsfall, Rückfall u. s. w. soll oft erst der Richter festsetzen. Sie glauben, so werde es gesetzmäßiger seyn, und — sie wissen, daß er es gut mit ihnen meint. Dieses Vertrauen ist namentlich der Haupthebel bei dem Vergleichstiften. Bloße Gewandtheit im Negociiren und Schachern, Geschmeidigkeit im Benehmen, selbst die Kunst die empfänglichen Seiten des Herzens zu treffen ꝛc., das alles macht es nicht aus, kann sogar zu dem Einwande der Ueberredung mit mehr oder weniger Grund Veranlassung geben. Noch weniger erscheint jene Herablassung zur Spaßmacherei, womit mancher sich populär machen will, als ein würdiges

---

Fälle ähnlicher Art sind ihm seit dieser Zeit noch weiter vorgekommen!

Mittel zum Zwecke. Man mag durch dergleichen Künste diesen oder jenen gewinnen, ihn überreden, aber eine dauernde Ueberzeugung wirkt man nicht, vielmehr oft gerade das Gegentheil. Der Sache angemessene, also aus ihr selbst hervorgehende Vorschläge, das billige Ermessen des Richters, gleichsam einen motivirten Ausspruch pro aequo et bono, das ist es, was die Interessenten erwarten, und was selten den Zweck verfehlt. Die streitenden Theile trauen der Unbefangenheit des Richters, sie glauben daher, daß, was er den Umständen gemäß erachtet, denselben gemäß seyn werde, und sie vereinigen sich mit seinem Ausspruche. "Wie Sie "sprechen" (den Ausspruch thun), hört man daher sehr häufig, "ist es mir recht." Es liegt hierin eine Art von Compromiß auf seine Discretion, oder der Ausdruck der Ueberzeugung, daß er das in ihn gesetzte Vertrauen nicht mißbrauchen werde.

Aber dieses Vertrauen will erworben seyn,

1) durch einen bewährten rechtlichen Sinn, durch jene unerschütterliche Gewissenhaftigkeit und jenen Gleichmuth, der sich durch kein, auch sonst etwa für moralisch löblich gehaltenes Motiv c) — heiße es Haß gegen Ungebühr, Mitleiden, oder welche Leidenschaft der edlern Art sonst — von der Bahn der Gesetzmäßigkeit abwendig machen läßt. Auch hier ist es, wo Einseitigkeit nicht gefällt, vielmehr Mißtrauen erzeugt. Man soll ihn nicht wie einen Rhadamanthus scheuen, den

---

c) Judicem in cognoscendo neque excandescere adversus eos, quos malos putat, neque precibus calamitosorum illacrymari oportet: id enim non est constantis et recti judicis, cujus animi motum vultus detegit. L. 19. D. de off. praesidis. Eine goldene Regel, — wer ihrer nur immer eingedenk wäre!

Richter, aber auch nicht eine von den weichgeschaffenen Seelen in ihm erkennen, die bei den Klagen des Armen auf das Recht des Reichen scheel hinsieht, die vor den Thränen des von seinen Gläubigern verfolgten Schuldners in Wehmuth zerschmilzt, und eben damit in Versuchung geräth, nach Crispins Weise der gottgefälligen Gerechtigkeit nach Gelegenheit etwas zu vergeben, wenn es scheinbar einem guten Zwecke gilt. Leichtbegreiflich erzeugt dieß, wenigstens bei einem Theile, das heißt immer also bei der Hälfte der Interessenten, Unzufriedenheit und entfremdet dem Richter die Herzen in dem nämlichen Grade, wie jene Strenge, die das homo sum ganz verkennet.

2) Auser dem Grunde des Vertrauens, der in jenen allgemeinen Eigenschaften des Characters liegt, erwirbt sich der Richter dasselbe durch besondere Verdienste um das Wohl seiner Amtsanbefohlnen, und zwar namentlich durch solche, die seine amtlichen Pflichten ihm wenigstens nicht schlechterdings vorschreiben. Hieher gehört die Geneigtheit, den Rechtsunerfahrnen in ihren Angelegenheiten ein williges Gehör zu leihen, sie, allenfalls auch auser der Gerichtsstube, mit ihrem Anliegen zu hören, und ihnen mit Rath und That beizustehen. Mannigfaltig sind die Mittel, die hier dem verständigen und erfahrnen Beamten zu Gebote stehen, und die Wege die sich ihm öffnen, wenn er sich seinen Amtsanbefohlnen als väterlich wohlwollenden Freund nicht bloß mit dem Munde allein beweisen will. Hier den des Weges Unkundigen zurecht weisen, ihm in einem vielleicht rettungslos erscheinenden Zustande einen sichern Ausweg zeigen, gewährt den Anspruch auf ein gleich hohes, wo nicht größeres Verdienst als strenge Handhabung der Gerechtigkeit allein. Denn dem Gläubiger durch schleunigen und gerechten Ausspruch und

durch bereite und schonungslose Execution zu seiner Forderung zu verhelfen, was gehört dazu von Seiten des Richters? Es kostet ihm ja nichts weiter als das gebieterische fiat justitia! Aber dem verzweifelnden Schuldner Mittel zu zeigen, wie er ohne von Haus und Hof getrieben zu werden, jenen zufrieden stellen kann, dazu gehört mehr! — Aber wir haben es hier mit einem Gegenstande zu thun, der von eben so zarter Natur als practisch wichtig ist, da es dabei der möglichen Anfechtung oder Rechtfertigung des richterlichen Benehmens gilt.

§. 97.

Ueber richterliches Belehren der Parteien und dessen Grenzen gegen unbefugtes Rathgeben.

Das bis jetzt entworfene Bild von dem Geschäftsleben im Kreise der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird die §. 34. aufgestellte Regel bestätigt und zu der Ueberzeugung geführt haben, daß ein bloß leidendes Verhalten des richterlichen Geschäftsmannes nicht nur ganz zwecklos, sondern oft sogar unheilbringend seyn würde. Wer besonders mit dem Zustande der Menschen aus den niedern Volksclassen — und das ist und bleibt ja doch immer die überwiegende Mehrzahl aller bei der Obrigkeit Recht und Hülfe Suchenden — sich vertrauter zu machen Gelegenheit gehabt hat, kennt den wichtigen Einfluß der guten oder schlechten Führung dieses Verwaltungszweigs auf das Wohl- oder Uebelbefinden jener Masse, auf deren Schultern das Wohl des Staats ruht. Wer diese Kenntniß des Volks hat, wird aber auch in dessen Eigenthümlichkeiten Stoff zu Betrachtungen finden, die ihn überzeugen, daß hier von dem Richteramt nach deutschem Regime, und in der Sphäre der Untergerichte, gar Manches erwartet werden muß, was sich mit den strengen Begriffen von dem richterlichen

Standpunkte in streitigen Rechtssachen nicht gut verträgt. Dieß gilt denn besonders von dem passiven Verhalten des Richters.

Der gemeine Bürger, der Bauer sieht in allen seinen Angelegenheiten besonders in Rechtssachen der streitigen und nichtstreitigen Art den ihm vorgesetzten Justizbeamten als seine erste Instanz an, dieses Wort in einem weitern, als dem prozeßrechtlichen Verstand, als Gerichtsstufe, genommen. An diesen Beamten wendet er sich in allen den verschiedenen Nöthen und Anliegen des Lebens, die irgend auf seinen Rechtszustand Bezug haben, sobald er sich nicht selbst zu rathen und zu helfen weiß. Er geht, in der Regel wenigstens, nicht zu einem Sachwalter, theils aus Scheu vor Kosten, theils aus einem gewissen Vorurtheil, aus Besorgniß vor prozessialischen Einfädelungen. Denn beides fürchtet er, und hat es oft auch Ursache. Er wendet sich an den Mann, den er und der ihn in so mancherlei Lagen und Beziehungen, besonders wenn der Beamte längere Zeit an einem Orte geblieben ist, kennen gelernt hat, und der nicht wie der Advocat — so meint er — ein Interesse dabei hat, ihn nicht auf dem kürzesten Wege zum gewünschten Ziele zu führen. Hülfe, glaubt er, könne ihm am Ende doch nur der Beamte gewähren, und so führt ihn denn gleichsam sein Instinkt dahin, wo er sie unmittelbar finden zu können hofft. "Sie werden es schon machen; — Sie wissen das ja "am besten; — es kommt ja doch nur auf Sie an" ꝛc. — das sind ordentlicher Weise die Schlußreime eines jeden dergleichen Anbringens d). Der Beamte soll ihm

---

d) Ich weiß wohl, daß dieses etwas patriarchalische Verhältniß nicht im Geiste unserer Zeit ist; auch weiß ich, daß es schlechte Menschen oft gemißbraucht haben. Aber ich weiß

also sagen, was er zu thun habe, um seine Absicht zu erreichen, ja ihm diese vielleicht selbst oft erst klar machen. Er soll ihn — belehren oder, in der Sprache des gewöhnlichen Lebens, ihm rathen.

Aber zwischen Belehren und Rathen ist bekanntlich ein wesentlicher Unterschied, der auch hier, bei Feststellung der Grenzen der richterlichen Befugnisse, practisch wichtig ist. Der Richter darf eine Partei belehren, ja er soll es, wenn sie es verlangt oder sonst die Umstände es nothwendig machen. Denn er unterrichtet sie bloß von der Beschaffenheit einer Sache, wovon sie keine oder doch keine vollständige Kenntniß hat, die gleichwohl der Zweck fordert, weßhalb er selbst thätig seyn muß. Aber rathen darf der Richter nicht, sowenig in nichtstreitigen als in streitigen Sachen, wenigstens nicht dem einen Theile gegen den andern. Denn Rathen besteht in der Angabe nützlicher Regeln des Verhaltens, und diese Regeln sollen Bestimmungsgrund für den Handelnden werden, während bei der bloßen Belehrung der Handelnde die Motive der Willensbestimmung nur aus dem erkannten Sachverhältniß schöpft. Der Richter kann daher den Testator, der einen ungerathenen Sohn hat und ihn von seinem Nachlasse ausschließen will, aus der Theorie von der Enterbung über den Umfang seiner Befugnisse belehren, ja er ist dazu verpflichtet, wenn es der Testator verlangt oder, wenn derselbe zu den Rechtsunkundigen gehört, auch unaufgefordert. Er darf sich es aber nicht herausnehmen, wenn der Vater nur im Allgemeinen über seinen Sohn sich beschwert, nach Enterbungsursachen zu forschen und,

---

auch, daß selbst das Heiligste und Ehrwürdigste vom Mißbrauche nicht verschont geblieben, und — ich muß im Uebrigen die Sache nehmen, wie sie ist.

— woran jener vielleicht nicht gedacht hat, — zur Enterbung zu rathen. Durch Rathgeben nimmt der Richter Partei für den, welchem er gerathen hat, und contrahirt gegen ihn eine Verbindlichkeit, und wenn er auch gerade keine Haftung für den Erfolg auf sich ladet e), so ist doch seine Unbefangenheit gefährdet. Und was könnte er, da er doch zum Schutz der Rechte des Sohnes eben so berufen ist, wie des Vaters, unbeschadet der Offenheit des Benehmens thun, wenn jener hiernächst auch sich an ihn wendete und seinen Rath gegen den Vater begehrte? Er kann beide den Vater und den Sohn des Rechts belehren, er kann auch nach Umständen beiden zugleich rathen, z. B. wie sie ihre Mißhelligkeiten etwa beseitigen mögen; aber er kann nicht diesem oder jenem einseitigen Rath geben, ohne in Widerspruch mit sich selbst zu kommen und die Pflicht der Unparteilichkeit zu verletzen. Anders ist dieß, wo der Gegenstand von der Art ist, daß nicht Interessen sich gegenseitig dabei berühren. Hier kann der Richter unbedenklich nicht bloß belehren, sondern auch rathen, und es kann nach Gelegenheit Pflicht der Menschenfreundlichkeit seyn, dem Rathlosen willfähriges Gehör zu schenken. Gesetzt der Gerichtseingesessene beabsichtete eine neue Einrichtung in seinem häuslichen und Nahrungsstande, wobei es auf Rechtspunkte ankommt, oder die Ordnung seiner Angelegenheiten auf den Todesfall überhaupt und ausser dem vorhin bemerkten kritischen Fall u. dgl. wer möchte daran zweifeln, daß der Richter, an den er sich deßhalb um Rath und Belehrung wendet, sey es auch gerade nicht pflichtwidrig, doch gewiß inhuman sich bezeigen würde, wenn er ihn mit seinem Anliegen sofort an einen Rechtsanwalt adressirte, vor-

---

e) Consilii non fraudulenti nulla obligatio est. L. 47. D. de R. I.

gebend: er dürfe in parteilichen Interesse-Sachen nicht rathen? Innerhalb der Grenzen der bloßen Belehrung kommt es übrigens nicht darauf an, ob gegentheilige Interessen dabei in Berührung kommen, auch nicht darauf, ob die durch die Belehrung des einen Rechtssubjects etwa gewirkte Veränderung in der Willensbestimmung desselben dem andern nach Wunsch ist oder nicht. Man denke an die Fälle, wo es der Erzielung eines gütlichen Abkommens mit den Gläubigern durch geschickte Benützung der dem bedrängten Schuldner etwa zu Gebote stehenden Mittel gilt u. s. w. überhaupt an die Stellung bei Behandlung der vor Gericht verlautbarten Verträge. Wir geben zu, daß es hier das Amt des Richters fordert, die Zuständigkeiten aller Theile mit Unpartheilichkeit zu berücksichtigen, aller einseitigen Begünstigung und Zuneigung sich zu enthalten, ja um des Vertrauens aller Theilhaber sich zu versichern, selbst jeden Schein dießfalls zu vermeiden. Aber sollte der menschenfreundliche und erfahrne Rechtsgeschäftsmann als Richter, verliert er nur den eigentlichen Zweck seiner Wirksamkeit nicht aus den Augen, nicht noch immer Spielraum genug finden, seine Rechtsfürsorge durch Belehrung Unerfahrner geltend zu machen, ohne daß dabei seine Unbefangenheit auf eine zu harte Probe gestellt würde? — Vergesse man doch nur nicht, daß der Hauptzweck seiner Thätigkeit ja eben kein anderer ist, als: es dahin zu bringen, daß alle Betheiligte mit rechtlicher Freiheit handeln, und daß soviel möglich keinem seine Rechtsunkunde bei Eingehung eines rechtlichen Geschäfts zum Nachtheile gereiche. Und weil denn durch Belehrung auch des einen Theils Irrthum und Uebereilung mit den daraus künftig abzuleitenden Ausflüchten beseitigt werden, so wird ja dadurch auch das Interesse des andern Theils befördert. Die Belehrung über die rechtlichen Folgen einer Bürgschaft, eines Verzichts auf

die Einrede der Verletzung über die Hälfte, ferner der Vorzugsrechts-Einräumung zum Besten einer später in das Hypothekenbuch einzutragenden Forderung — kommt freilich unmittelbar dem Certiorirten zu Guten, und je strenger man es hier nimmt, desto mehr muß der gegenseits Betheiligte besorgen, daß der Bürge u. s. w. sich eines Andern besinnen möge. Aber kommt es nicht auch jenem zu Statten, wenn der Verpflichtete, vollständig unterrichtet, dennoch die Verbindlichkeit eingegangen hat und nun künftigen Ausflüchten mit desto mehr Zuversicht begegnet werden kann? Und wie wollte der geschäftserfahrne Contrahent ein Widerspruchsrecht behaupten, wenn sein unerfahrner Mitcontrahent auf rechtliche Cautelen aufmerksam gemacht wird? Wo wäre das wohlerworbene Recht, von der Rechtsunwissenheit eines Andern zu profitiren? — Sollte daher auch der Käufer es gerade nicht gern sehen, wenn der Verkäufer an den Vorbehalt des Eigenthums bis zur Bezahlung der Kaufgelder erinnert wird, oder der Verkäufer wünschen, der Käufer möchte über die diensamen Vorsichtsmaßregeln rücksichtlich der Gewährleistung nicht so sorgsam belehrt werden, oder sollte der eine oder der andere der Pachtinteressenten es seinem Vortheil angemessener finden, wenn über die Modalitäten der Rückgewähr, über Remissionsleistungen ꝛc. minder genaue Verabredungen gemacht würden, — wo wäre hier ein Recht, welches dadurch beeinträchtigt würde? — So erscheint also die Befugniß des geschäftsleitenden Richters, von der hier Rede ist: die Parteien zu belehren, bisweilen selbst zu rathen, in welcher man so häufig aus Mißverstand einen Anstoß findet, oder eigentlich aus Bequemlichkeit finden will, durch das Wesen der richterlichen Concurrenz von selbst gerechtfertigt.

§. 98.

Vorsichtiges Benehmen bei der Bewirkung einer rechtsverbindlichen Einwilligung.

Es ist bisher gezeigt worden, was der Instruent eines Rechtsgeschäfts zu thun habe, damit eine gesetzmäßige, freie, ernstliche und gewisse Einwilligung erfolge, und wie derselbe den deßfallsigen Hindernissen entgegenwirken müsse. Es darf auch, nach dem, was an mehreren Stellen dieser Schrift hierüber schon gesagt ist, kaum noch einmal erinnert werden, daß derselbe den Hauptgesichtspunkt bei seiner Mitwirkung nicht aus den Augen verlieren dürfe,

daß er nämlich nur formell, nicht materiell Betheiligter sey, und daß seine Theilnahme da, wo es auf materielle Bestimmungen ankommt, aufhören müsse zu wirken, sobald sie mit dem freien und wohlüberlegten Entschlusse der Interessenten sich berührt.

Wohlwollende Fürsorge, wenn auch mit höchster Unbefangenheit und einer ganz gleichen Neigung für das erlaubte Interesse des Einen wie des Andern der Contrahenten geltend gemacht, ist es überhaupt nicht allein, wodurch der Richter zweckmäßig wirkt. Er hat es mit vernünftigen, freien Menschen zu thun, und die es etwa nicht sind, sollen es werden, nicht dadurch, daß Andere für sie denken, in ewiger Unmündigkeit erhalten werden. Der Richter darf also noch weit weniger in dem, was das Beste der Parteien gilt, deren eigenes Urtheil beschränken, vielmehr muß er, sobald dieselben den Gegenstand und die Modificationen der Willenshandlung gehörig eingesehen haben, und von den gesetzlichen Erfordernissen der Gültigkeit des Geschäfts unterrichtet erscheinen, sich aller weitern positiven Thätigkeit enthalten, am wenigsten soll er ihnen unter dem

Vorwande des Belehrens seine individuelle Meinung wider ihren erklärten Entschluß aufdringen. (§. 34. 50. Nr. 6.).

Die Bewirkung einer gesetzmäßigen Einwilligung und die deßfallsige Fürsorge des Richters erstreckt sich auf alle und jede Verabredungen und zufällige Bestimmungen, welche mit dem, was rücksichtlich des Hauptgegenstandes ausgemacht worden, zusammen ein Ganzes bilden. Dieses führt uns denn unmittelbar zur nähern Prüfung gewisser Versicherungs-Modalitäten der Einwilligung, die mehr oder weniger bei allen Rechtsgeschäften unter dem Namen Cautelen, Clauseln, Verzichte vorkommen, und was dießfalls Rechtens und zu beobachten ist, damit nicht entweder der Gedankenlosigkeit oder, was noch schlimmer wäre, der richterlichen Willkühr (§. 50. Nr. 10.) ein Tummelplatz geöffnet werde. Letzteres könnte in sofern geschehen, als der Concipient eines Vertragsinstruments, wie so häufig, besonders bei einem leichtfertigen und gedankenlosen Gebrauche von Formularien geschieht, dergleichen Clauseln gleichsam nur für Schnörkelwerk ansähe.

B. Von Cautelen und Clauseln.

§. 99.

Von Cautelen und Clauseln überhaupt.

Wenn wir von Clauseln bei einem Rechtsgeschäfte sprechen, so bezeichnen wir damit im Allgemeinen solche Bestimmungen, wodurch selbiges in Ansehung der Zeit, des Orts der Erfüllung, des Zwecks ꝛc. näher modificirt wird. Hier soll von Cautelen und Clauseln als besondern Versicherungs-Mitteln gehandelt werden, und wir verstehen darunter

Regeln der Vorsicht und Klugheit in ihrer Anwendung zu dem Zwecke, dem Geschäft eine solche Richtung oder in Beziehung auf den Willensausdruck eine solche Fassung zu geben, daß wir uns die für unsern Rechtszustand beabsichtete Wirkung zuverlässig davon versprechen dürfen.

Kein Rechtsgeschäft ist ganz sicher vor dem Einflusse künftiger Ereignisse und daß nicht dadurch die durch dasselbe begründeten rechtlichen Verhältnisse einer zweifelhaften Deutung ausgesetzt werden. Darum fordert die Vorsicht, welche die möglichen nachtheiligen Folgen vorhersieht und sie zu vermeiden sucht, und die Klugheit, welche die besten Mittel hiezu anwendet, daß dem Geschäft durch die gegenwärtigen Bestimmungen diejenige Richtung gegeben werde, welche unserer rechtlichen Absicht bei dessen Eingehung gemäß ist, oder überhaupt, welche dem erlaubten Vortheile desjenigen zusagt, zu dessen Besten diese vorsorgliche Bestimmung beigefügt wird. Diese Bestimmung kann 1) in der Form einer nähern Erklärung unserer Absicht oder 2) in der Form eines Vorbehalts oder einer der Willenserklärung beigefügten Einschränkung, oder auch 3) so erfolgen, daß der eine Theil künftige Einwendungen des andern dadurch unwirksam macht, daß er sich zum voraus auf selbige Verzicht thun läßt. Es hat aber die ganze Fassung einer jeden Willenserklärung nach ihren Haupt- und Nebenbestimmungen, die zusammen ein Ganzes ausmachen, keine andere als eben jene Tendenz, daß nämlich für alle künftige Ereignisse und gegen jede einseitig willkührliche Deutung dergleichen vorsorgliche Anordnungen getroffen werden, und jene in diesen eine allzeit bereite Entscheidungsnorm finden. Ein Gleiches gilt ferner selbst von Verzichten, indem dadurch einem Mangel an der vollständigen Ein-

willigung oder an einem andern gesetzlichen Erfordernisse auf rechtlich zulässige Weise abgeholfen werden soll f). Eigentlich sind also Cautelen und Clauseln mehr oder weniger nichts als Ergänzungen eines ausserdem unvollständigen Ausdrucks des Ganzen. Und so wird denn eine mit Umsicht und Sprachkenntniß gemachte präcise Fassung eines Instruments manche sogenannte Clauseln entbehrlich machen, die dasselbe zu einem, in seiner äusserlichen Gestalt schon widerlichen Aggregat nachlässig zusammengefügter, bisweilen sich wohl gar unähnlicher, daher widersprechender Bestandtheile machen, welches, um mich dieses Gleichnisses zu bedienen, häufig das Ansehen eines von dem Schneider im Zuschnitte verdorbenen und nachher gestückelten Kleides hat.

Da wo Cautelen und Clauseln richtig angewandt werden, gehen wir von der Vorstellung aus: es ist eine Forderung der Klugheit, die uns die besten Mittel für unsere Zwecke lehrt, unser Verhalten in den gegenwärtigen Umständen mit Rücksicht auf deren wahrscheinliche Folgen einzurichten. Uebrigens werden die Ausdrücke Cautelen und Clauseln öfters durcheinander und als gleichbedeutend gebraucht, während sie nur sinnverwandt sind. Der Begriff von Cautelen ist viel allgemeiner,

---

f) Z. B. bei der Verzicht auf die Wohlthat des Vellejanischen Rathschlusses, sofern als dadurch der gesetzlich ausgesprochenen Unfähigkeit einer Frauensperson zu Interceſſionen abzuhelfen gesucht wird; ferner bei der Entsagung des Einwandes der Verletzung über die Hälfte bei einem Kaufvertrag, indem dadurch die Vermuthung eines die gesetzmäßige Einwilligung hindernden Irrthums beseitigt wird. So ist die Entsagung des Einwandes der Excuſſion eben so viel als wenn der Bürge erklärte: der Gläubiger solle sich sofort an ihn zu halten befugt seyn.

als der von Clauseln, indem diese unter dem Gattungsbegriffe jener stehen. Auch darin unterscheiden sich beide, daß Cautelen, wenn sie anders das sind, was sie seyn sollen, nämlich Vorsichtsregeln, immer nützlich sind, während dieses von den Clauseln, wenigstens wie sie von den Practikern oft nur nach einem hergebrachten Formular, oft gedankenlos angewendet werden, nur zum Theil gilt. Mit Cautelen beschäftigt sich eigentlich diese ganze Abhandlung, indem sie die Grundsätze lehren soll, wie das wechselseitige Verkehr unter den Menschen einzurichten ist, damit daraus mit Zuverlässigkeit die beabsichteten Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, Irrthum und Betrug dadurch vorgebeugt und künftige Streitigkeiten vermieden werden. Dagegen ist von Clauseln besonders bei Verträgen nur in diesem Absatze die Rede, indem die Grenzen ihrer Anwendbarkeit sehr beschränkt sind, mithin auch ihre Theorie kurz und einfach ist.

§. 100.

Von Clauseln besonders.

Unter Clauseln versteht man Zusätze zu einer Willensäusserung, wodurch

I. diese näher erklärt oder erweitert oder beschränkt werden soll. In letzterer Rücksicht gehören hieher die Vorbehalte (reservaciones), wodurch man sich die Freiheit ausbedingt, etwas zu thun oder zu lassen, was nach der Willenserklärung sonst nicht Statt finden würde; ferner Zusätze, wodurch

II. künftigen Einwendungen entsagt werden soll, Verzichts-Clauseln (renunciationes). Man versteht unter einer Entsagung die Erklärung, von einem Rechte keinen Gebrauch machen zu wollen. Sie heißt insonderheit Erlaß, wenn das Recht schon erworben ist, Verzicht,

zicht, wenn es erst erworben werden soll. Hier ist nur von Verzichten die Rede.

Zu den Clauseln der ersten Art (auf I.) gehören alle Nebenbestimmungen eines Geschäfts, sie mögen nun in einem Vorbehalt, oder einer Bedingung, oder sonst in einer nähern Modification des eine Rechtserwerbung oder Veräusserung betreffenden Verhältnisses bestehen, und auf Zeit, Ort, Gelegenheit oder sonstige Modalitäten der Erfüllung gerichtet seyn. Uebertriebene Aengstlichkeit, Pedanterei und Unwissenheit haben eine Menge von Clauseln erfunden, die ganz unnütz und zwecklos sind. Enthält eine Clausel nichts weiter, als A) was aus dem Begriffe des Geschäfts von selbst fließt, also zu den **essentialibus oder naturalibus negotii** (§. 83.) gehört, so ist sie zwecklos; sie enthält eine bloße Tautologie und Ausdrucksüberfüllung (Pleonasmus), und setzt denjenigen, der sie dennoch gebraucht, mit Recht dem Verdacht aus, daß er nicht verstehe, was zum Geschäft gehöre. Eben dieß ist B) auf der andern Seite der Fall, wenn die Clausel Modificationen ausdrückt, welche dem Wesen des Geschäfts entgegen sind. Dergleichen unnütze Clauseln sind **ad A.)** der ohnehin gesetzliche Vorbehalt seinen letzten Willen zu ändern oder gänzlich aufzuheben; die Erwähnung der Erben auser dem Vollmachtsvertrage (S. 191.) und dem Compromiß g) [um sie gleichsam durch diese Willensäusserung für Handlungen, die sie gleichwohl als Erben ohnehin zu vertreten haben, erst noch verpflichten zu wollen], und der Cessionarien [die doch von selbst in des Cedenten veräusserliche Rechte treten]; **die clausula rati, grati, indemnitatis** bei dem

---

g) **L. 27. §. 1. L. 49. §. fin. D. de recept.**

Hofacker princ. jur. civ. III. §. 4025.

Mandatum, da sie als in dem Wesen des Geschäfts liegend sich schon von selbst versteht; die Clausel: alles getreulich und ohne Gefährde; der Vorbehalt der Gewährleistung bei dem Kaufcontracte, sowie bei jedem andern onerosen Vertrage h); daß der auf eine Sache bestellte Nießbrauch mit dem Tode des Nießbrauchers aufhören solle; daß durch Ausstellung einer neuen Urkunde über eine ältere Schuld an deren Eigenschaft nichts geändert werden, dieselbe also absque animo novandi geschehen seyn solle, da der animus novandi ausdrücklich erklärt werden muß i); die Clausel salvo jure tertii, salvo errore calculi u. s. w. — ferner ad B.) die clausula derogatoria bei einem Testament, da derselben ungeachtet, und auch ohne Widerruf k), durch ein nachfolgendes das ältere Testament rumpirt wird; die Clausel in einem Generalvollmachtsvertrage: "wenn der Bevollmächtigte einer mehrern Gewalt bedürfte, als hierin ausgedrückt, so solle auch diese ihm ertheilt seyn", indem gleichwohl der Machthaber, da wo es einer Specialvollmacht bedarf, ohne diese nicht handeln kann l); die salvatorische oder reservatorische Clausel bei gerichtlichen Bestätigungen (§. 41.) u. dergl. Man muß sich indessen, wie überall bei allgemeinen Sätzen, auch hier hüten, daß man nicht das Kind mit dem Bade ausschüttet, also den Purismus und die Clauselscheu nicht zu weit treibt. Die Erwähnung einer an sich überflüssigen Clausel mag für rechtsunkundige Contrahenten immer einigen Nutzen haben, da sie ihnen den Rechtssatz

---

h) Mackeldey's Lehrbuch §. 370.

i) §. 3. J. quibus modis toll. obl. L. ult. C. de novat. (VIII. 42.).

k) Wernher T. I. P. I. obs. 205.

l) Glück's Pand. Comm. V. §. 403. fine.

deutlicher vor die Augen stellt. Es dürften auch wohl manche Contrahenten es für viel zu gewagt halten, z. B. die Evictions-Clausel aufzugeben, wenn sie auch der Concipient des Vertragsinstruments noch so sehr versicherte, es verstehe sich dieß von selbst.

§. 101.

Von Verzichts-Clauseln.

Ob eine Verzichts-Clausel rechtlich zulässig, und wenn sie es ist, ob sie nützlich ist oder nicht, das hängt von der Beschaffenheit des Einwandes ab, worauf verzichtet werden soll. Ist das Geschäft nach gesetzlicher Vorschrift kein Gegenstand der Privatwillkühr (z. B. das pactum de quota litis, der commissorische Vertrag bei dem Pfande ꝛc.), so ist auch die Entsagung auf die Folgen der Uebertretung des gesetzlichen Verbots oder auf einen darin begründeten Einwand vergeblich und nutzlos m). Ferner, gründet sich der Einwand auf einen Umstand oder ein Verhältniß, dessen Daseyn mit der Rechtsbeständigkeit des Geschäfts überhaupt nicht bestehen kann, z. B. Betrug, Zwang, so kommt es vor allen darauf an, ob dieser Umstand oder der Mangel eines nach gesetzlicher Vorschrift zur Gültigkeit eines Geschäfts nothwendigen Erfordernisses wirklich vorhanden ist, oder nicht. Im letzten Fall ist kein Einwand denkbar; mit dem Nichtdaseyn der Ursache fällt auch die Wirkung weg, also ist auch die Entsagung zwecklos. Im ersten Fall aber, wo der den Einwand begründende Umstand wirklich eintritt, ist die Entsagung ohne Wirkung. Denn die Willenserklärung, wodurch dem Einwand entsagt wird, leidet an dem nämlichen Mangel wie das Hauptgeschäft selbst; sie ist

m) Hommel Rhaps. obs. 273.

irrig oder erzwungen. Von der Entsagung oder eigentlicher dem Erlaß eines schon erworbenen Rechts ist hier nicht die Rede. Wer aus Zwang gehandelt hat, hat das Recht erworben, die Verbindlichkeit seiner Handlung anzufechten; aber er hat auch das Recht, und kann es mit Wirkung ausüben, jenem zu entsagen, also dem der unerlaubt an ihm gehandelt hat, die Ahndung zu erlassen.

Man sieht hieraus, daß folgende allgemeine Verzichts-Clauseln, sofern sie dem Geschäfte selbst zu dessen vermeinter Aufrechthaltung, gewöhnlich gedankenlos und als eine Art von Zierrath, beigefügt werden, ganz und gar zwecklos und unnütz sind n), als: der Verzicht auf den Einwand des Zwangs, der Furcht, des Irrthums, des Betrugs, der listigen Ueberredung, der Simulation o), daß die Sache anders verhandelt als niedergeschrieben worden (rei non sic sed aliter gestae), ingleichen der Wust der generellen Entsagungen auf alle und jede Rechtswohlthaten und Freiheiten, Einreden und Behelfe. Denn es ist gesetzlich, daß ein allgemeiner Verzicht unkräftig ist, wenn nicht ein besonderer vorausgegangen p). Sind aber besondere Verzichte wirklich geschehen, wozu sollte noch der allgemeine nützen?

---

n) Hievon gilt was der Jurist in l. 65. D. de V. O. sagt: quae extrinsecus et nihil ad praesentem actum pertinentia adjeceris stipulationi, pro supervacuis habebuntur — veluti si dicas: *Arma virumque cano, spondeo.*

o) de Cocceji in jure contr. L. XVIII. Tit. 1. qu. 53.

p) L. 4. §. 4. D. si quis cautionibus etc. Aber als die Quintessenz von Thorheit verschrobener Practiker erscheint es, wenn man auch gegen diesen Einwand der Unstatthaftigkeit eines generellen Verzichts einen Verzicht ersonnen,

§. 102.

Kriterium.

Das Charakterische einer nützlichen Clausel überhaupt, sie mag in einer nähern Erklärung, in einem Vorbehalt oder Verzicht bestehen, beruht demnach darauf, daß durch selbige nur solche Bestimmungen gemacht werden, welche

1) nicht gesetzwidrig sind, d. h. nicht gegen ein Verbotsgesetz anstoßen;

2) nicht die wesentlichen Erfordernisse des Geschäfts verändern q);

3) nicht schon aus der Natur des Geschäfts von selbst folgen, sondern Modificationen ausdrücken, wodurch entweder eine Verbindlichkeit verstärkt oder auch, wie bei gewissen Vorbehalten, geschwächt, oder mögliche Mißdeutungen, Einwendungen und Folgerungen, die unserer Willensmeinung zuwider sind, vorsorglich beseitigt werden.

Es müssen daher namentlich die Einwendungen, welchen entsagt werden soll, a) von der Art seyn, daß sie dem Geschäfte wirklich entgegengesetzt werden können; b) es muß ihnen wirklich und namentlich entsagt worden und c) diese Entsagung rechtlich zulässig seyn.

Es gibt Entsagungen, über deren Zulässigkeit, also Nützlichkeit, unter den Rechtsgelehrten Streit ist, und die eben deßhalb nicht schlechthin als nutzlos behauptet

---

den Verzicht nämlich des Einwands: daß ein allgemeiner Verzicht nichts gelte. Als ob nicht dieser Verzicht eben so allgemein, und eben darum die gesetzlich ausgesprochene Unstatthaftigkeit auch auf ihn anwendbar wäre!

q) Nur naturalia negotii können verändert werden, nach der Rechtsregel: provisio hominis tollit provisionem legis.

werden können, also lieber anzuwenden als wegzulassen sind, wenn sich dazu Gelegenheit gibt. Hieher gehören:

1) Der Verzicht auf die Rechtswohlthat des Moratoriums r);

2) auf den Einwand der Verjährung s);

3) die Begebung der ersten Instanz, des ordentlichen Prozesses, und der Rechtsmittel t). Hieher rechnet man auch

4) die Eides-Clausel, wegen welcher hier noch einiges bemerkt werden muß.

Es ist unter den Rechtsgelehrten streitig, welche Wirkung der Versprechungs-Eid auf die Verbindlichkeit eines Rechtsgeschäfts habe, das entweder an sich ungültig, oder doch die völlige gerichtliche Wirkung nicht hat. Nur darüber, daß die simple Eides-Clausel, oder das dem Instrument einverleibte Versprechen "an Eidesstatt," oder: "so wahr mir Gott helfe," "beim Worte der ewigen Wahrheit" u. dergl. das nicht wirke, was von dem körperlich abgeleisteten Eide behauptet wird, hat man sich meist verstanden u), wenigstens da,

---

r) Daß man der Rechtswohlthat des Moratoriums entsagen könne, widersprechen Pufendorf P. II. obs. 23. Gmelin von Aufsätzen über Verträge ꝛc. S. 40. 77. — Für die bejahende Meinung sind: Leyser Sp. 12. m. 1. Boehmer in ex. ad pand. T. III. p. 198. Walch in controv. jur. civ. p. 785. §. VIII. (ed. IIItia).

s) Unzulässig findet diese Entsagung Rave princ. de praescr. §. 167. p. 293. (edit. III.). A. M. sind Eichmann in notis ad hunc libr. Gmelin a. a. O. S. 42.

t) von Trützschler's Anweis. I. S. 141 fgg. Claproth (jur. heur.) I. S. 91. (4. Aufl.).

u) Wernher T. III. P. I. obs. 26.

wo die Gesetze die körperliche Ableistung zur Wirksamkeit des Eides ausdrücklich fordern v); nicht also in Ansehung des Falles, wo ein promissorischer Eid wirklich abgeleistet worden.

Daß nach der Rechtsanalogie der Eid als ein bloß accessorisches Mittel zur Sicherung einer bestehenden rechtsbeständigen Verbindlichkeit an sich keine neue dergleichen Verbindlichkeit wirke, leidet keinen Zweifel w). Indessen hat der Grundsatz des canonischen Rechts: **omne juramentum servandum est, quod salva salute aeterna servari potest**, die Lehre begründet, daß derjenige, der sich zu einer an sich gerichtlich unwirksamen Verbindlichkeit durch einen Eid bekennt, und seinen dagegen statt findenden Einwendungen eidlich entsagt, wenigstens durch diesen seinen Eid verpflichtet werde, jene unvollkommene Verbindlichkeit anzuerkennen, vorausgesetzt, daß seine rechtliche Willkühr nicht beschränkt und sein Entschluß frei war, also daß 1) die Handlung selbst nicht wider ein Verbotsgesetz oder wider den Staat, die Religion und Ehrbarkeit geht, 2) die Rechte eines Dritten nicht beeinträchtigt werden, und 3) der Eid weder durch Betrug noch Zwang bewirkt worden.

Quistorp in den Beiträgen N. XXIV. S. 377. (der 2. Ausg.).

Malblanc doctr. de jurejur. L. V. C. I. §. 118. n. 171. Doch legt Stryk in caut. contr. Sect. I. cap. 5. §. 17. u. II. 6. §. 5. dem Ausdrucke: "So wahr mir Gott helfe!" die Wirkung des wirklichen Eides bei; ingleichen Berger in oec. juris L. III. Tit. 15. §. 15. n. 8.

v) Mev. P. I. Decis. 146.

w) Vergl. A. D. Weber von der natürl. Verbindlichkeit. X. Abschn. §. 118 fgg. S. 516 fgg. (3. Ausg.).

Nach dem römischen Recht wird ein an sich ungültiges Geschäft durch den hinzugekommenen Eid nicht gültig x). Doch hat Kaiser Friedrich I. in avth. Sacramenta puberum C. si adv. vendit. (II. 28.) festgesetzt, daß ein von einem Minderjährigen (nicht Unmündigen) eingegangener, und von ihm durch einen Eid freiwillig bekräftigter Vertrag unwiderruflich sey und die Restitution ausschließe, soweit dem Vertrag kein anderes Hinderniß, als das des mangelnden Alters entgegenstehe. Das canonische Recht erwähnt ausdrücklich nur zweier Fälle, wo ein ungültiges Geschäft durch den Eid gültig werden solle: a) der Einwilligung einer Ehefrau in die sonst ungültige Veräusserung des Brautschatzes oder der donatio propter nuptias y), b) der Entsagung einer Tochter auf die väterliche Erbschaft nach Empfang des Brautschatzes z). Die Rechtslehrer haben aber diese gesetzlichen Verordnungen nach einer vermeinten analogen Erklärung, übrigens keineswegs im Einverständnisse mit einander, auch noch auf mehrere andere Fälle ausgedehnt a). Die preußische Gesetzge-

---

x) L. 7. §. 16. D. de pactis.
L. 5. §. 1. C. de legibus (1. 14.).

y) c. 28. X. de jurejur.

z) c. 2. de pactis in 6to.

a) Diese Fälle hat Malblanc l. c. §. 118. angeführt. Man vergl. auch Weber a. a. O. S. 531. Mehreres über diese Materie s. Voet ad tit. pand. de minor. (IV. 4.) n. 46 sqq. — Stryk V. M. L. 14. Tit. 6. §. 13. und in caut. contr. Sect. I. cap. 2. §. 22. cap. 5. §. 17. Sect. II. c. 6. §. 5. — Lauterbach coll. theor. pract. ad tit. pand. de SCto Maced. (14. 6.) §. XXVII. — S. v. Cocceji in I. C. civ. Lib. IV. Tit. 4. qu. 19. 20. — Leyser Spec. 134. 135. 345. — J. H. Boehmer I. E. P. L. II. Tit. 24. — Wernher Vol. I. part. 1. obs. 217. — Pufendorf Tom. II.

bung b) verordnet: "durch eidliche Bestärkung erhält "kein Vertrag mehrere Kraft, als ihm die Gesetze schon "an sich beilegen." Auch dem österreichischen c) und französischen Gesetzbuche ist jene legislative Abnormität fremd.

§. 103.

Schließliche Bemerkungen.

Daß man mit nutzlosen Clauseln nicht Zeit und Papier verschwenden soll, davon ist jeder überzeugt. Aber nicht jeder, dessen Sache vor Gericht verhandelt wird, weiß oder glaubt, daß eine Clausel oder Entsagung, die der Richter für unnütz hält, ihm wirklich nicht Vortheil, oder deren Weglassung keinen Schaden bringt. Hier muß man um der Schwachen willen schon eine Ausnahme machen, und wenn der Capitalist unserm Gerichtsuntergebenen nicht anders sein Geld leihen will, als wenn jene nutzlose Clausel dem Instrument einverleibt wird, nicht eigensinnig seyn. Wenn man will, kann man ja auch bemerken, daß Nothart auf ausdrückliches Verlangen des Hrn. Zähe den Einwendungen und Rechtsbehelfen, daß ꝛc. ꝛc. entsage.

Daß der Concipient eines Vertragsinstruments sich wegen der Clauseln und Verzichte keine Willkühr erlauben dürfe, davon war schon oben (§. 98. a. E. und remissiv) die Rede. Sie gehören schlechthin zu den Rechten der Parteien und namentlich erfordern Verzichte Be-

---

obs. 171. — v. Glück's Pand. Comm. V. S. 556. — Quistorp's Beiträge n. XXIV. S. 370. LIII. S. 816. (der 2. Aufl.). — v. Berg's jur. Beob. u. R. F. I. Th. n. XXVIII. S. 332.

b) A. L. R. I. Tit. 5. §. 199. II. Tit. 20. §. 1425 fgg.

c) Pratobevera's Materialien V. S. 165.

lehrung, besonders bei denjenigen, die das Privilegium der Rechtsunwissenheit haben. Vornämlich ist dieß bei Frauenspersonen der Fall, wenn sie eine fremde Verbindlichkeit übernehmen, also ihren Rechtswohlthaten entsagen d). Ueberhaupt muß es Sorge des Richters seyn, daß niemand sich selbst über die Folgen einer Erklärung täusche, und dieß ist besonders da nothwendig, wo nach dem Stand und Benehmen des Erklärenden ein Verdacht entsteht, daß er von den Folgen seiner Handlung keine richtige Vorstellung habe, welches meistens also dann der Fall seyn wird, wenn besondere Rechts- und Geschäftskenntnisse vorausgesetzt werden müssen. Daß Belehrungen in einer gemeinverständlichen Sprache abzufassen seyen, würde kaum zu erinnern nöthig seyn, wenn man nicht aus Erfahrung wüßte, wie häufig hier gefehlt wird. Selbst das Deutsch mancher Gerichtspersonen ist nicht deutsch. Da diese Belehrung übrigens nicht vermuthet wird, so muß, daß und wie sie geschehen, zu Protokoll niedergeschrieben werden.

Siebentes Kapitel.

Von dem richterlichen Anleitungs- und Vermittlungsamte.

§. 104.

Ueber das Wesen dieser richteramtlichen Function im Allgemeinen.

Die Einwilligung der Contrahenten und die in ihrer freien Ueberzeugung gegründeten Motive dieser Einwilligung sind und bleiben das Wesen der innern Form

d) Ein Formular einer dergleichen Certioration s. Beil. Lit. H.

eines Vertrags und eines jeden andern Rechtsgeschäfts. Wollten und könnten wir indessen diese Geschäfte immer bis zu ihrem Beginnen rückwärts verfolgen, so würden wir bei manchem derselben finden, daß es nicht die eigene Thätigkeit der Interessenten war, die das Ganze mit allen seinen Modificationen so gewirkt hat, wie es nunmehr vollendet dasteht. Manches dergleichen Geschäft, welches uns als das reine Resultat der eigenen und unabhängigen Willensbestimmung der Betheiligten erscheint, stellt sich in seinen genetischen Verhältnissen betrachtet als Wirkung eines äussern Einflusses dar, was übrigens an der Rechtsbeständigkeit des Geschäfts nichts ändert, da auch fremder Rath ein Willensbestimmungsgrund für den wird, der ihn gesucht, als zweckmäßig anerkannt und darum (also mit Freiheit) befolgt hat. Einen dergleichen Einfluß kann nun öfters auch der Richter geltend zu machen veranlaßt seyn, indem er bei der Eingehung eines Rechtsgeschäfts nach dem Verlangen der Parteien technisch leitend und vermittelnd wirksam wird. So ist jene Disposition, wodurch der Sohn im väterlichen Testament aus guter Absicht enterbt wird, mit ihren Modificationen zwar das Werk des freien Entschlusses des Vaters, dieser Entschluß aber durch die Rechtsbelehrung gewirkt, die der Richter eben diesem um das künftige Schicksal seines ausschweifenden und verschwenderischen Sohnes bekümmerten Vater ertheilte, der sich nicht selbst zu rathen wußte, und daher zu jenes Einsichten seine Zuflucht nahm. Hier erkennen wir eine Art von curatorischer Fürsorge, welcher sich der Rechts- und Geschäftsunerfahrne, besonders aus den niedern Ständen, (und mit diesen haben wir es hier ja vornämlich zu thun) vertrauensvoll hingibt. Er will ein gewisses Rechtsgeschäft eingehen, weiß es aber nicht zweckmäßig anzugreifen, kennt dessen rechtliche Erfordernisse nicht; oder

er ist vielleicht wegen eines bestimmten Rechtsgeschäfts noch nicht einmal mit sich einig; er ist sich nur des Bedürfnisses einer Veränderung in seinem Rechtszustande bewußt, kennt aber die Mittel nicht, dieses Bedürfniß zu befriedigen. In dieser Verlegenheit wendet er sich, wie wir vorhin (§. 97.) schon gehört haben, an den ihm zunächst vorgesetzten Richteramts-Beamten, in der vertrauensvollen Ueberzeugung, daß dieser ihm sagen könne und werde, wie die Sache am besten zu machen sey. Diesem Zustande der Hülflosigkeit entspricht nun eine besondere Obliegenheit des deutschen Unterrichters, besonders an Orten, wo die Hülfe anderer, eigentlich zur Rechtsconsulentschaft berufener, Rechtsgelehrten nicht zu haben ist, oder in den Augen der Betheiligten dem Zwecke nicht zu entsprechen scheint. Diese Obliegenheit, die mit der Benennung des richterlichen Anleitungsamtes hier bezeichnet wird und deren zweckmäßige Erfüllung eben sowohl durch den sittlich guten Character des Beamten, als durch Geschäftskenntniß in Theorie und Praxis bedingt ist, besteht

in der Fürsorge für die zweckmäßige Initiative, es sey nun eines gegebenen Rechtsgeschäfts, oder auch überhaupt und abgesehen von einem bestimmten Geschäft, einer in dem Rechtszustande der Betheiligten vorzunehmenden Veränderung.

Hiermit ist denn nahe verwandt diejenige Thätigkeit, deren Richtung

auf die gütliche Auseinandersetzung getheilter Interessenten geht, es sey nun, daß diese unter den Betheiligten streitig (von der einen Seite behauptet, von der andern widersprochen) oder beiderseits ungewiß und dafür angenommen sind.

Im erstern Falle findet ein eigentliches Vergleichstiften oder die Bewirkung eines gegenseitigen Nachlassens

Statt, nicht also im letztern, wenigstens in quantitativer Rücksicht nicht. — Wir bezeichnen diese richteramtliche Function, sowohl in ihrer Richtung auf die gütliche Beilegung eines Streits, als auf die Ordnung gegenseitig ungewisser Rechtsverhältnisse, mit dem Ausdrucke **Vermittlungsamt.**

§. 105.

Nothwendigkeit und Modalitäten dieser richterlichen Verwendung.

Daß es nicht immer, ja, was die rechts- und geschäftsunerfahrne Mehrzahl der besonders bei den Untergerichten handelnden Parteien anlangt, daß es nur ausnahmsweise vollendete Rechtsgeschäfte sind, womit die Interessenten vor Gericht kommen, und die Gerichte zur Thätigkeit im nichtstreitigen Verfahren veranlassen, das ist im Eingange dieses Kapitels schon bemerkt worden, weiß auch jeder, der nur wenige Wochen die Untergerichtspraxis beobachtet hat. Oft ist es erst noch ein bloß präparatorisches Geschäft; man will einen Einkindschaftsvertrag errichten, ist aber über die Bedingungen und Festsetzungen noch nicht einig, weiß nicht, wiefern diese oder jene Anordnung rechtlich zulässig sey oder nicht. Oft ist es bloß erst noch der Ausdruck eines nur seiner Tendenz, nicht seinen Modificationen nach bestimmten Verlangens, womit sich der Betheiligte an den Richter wendet, und von demselben Rath und Anleitung sich erbittet. — "Wie habe ich es anzufangen, "daß ꝛc. oder was habe ich zu thun, um meine Ab="sicht ꝛc. zu erreichen: — — ""das wird am besten ""so geschehen ꝛc. oder: das wollen wir überlegen"" ꝛc. — dieß sind gewöhnlich gegenseitig die Formeln, womit diese Verhandlung beginnt. Groß und mannigfaltig sind die Verdienste, die sich der Richter hier um das häusliche und Familienwohl seiner Amtsbefohlnen er=

werben kann. Unzählige Unruhen, Irrungen und Prozesse werden hier oft in ihrem Entstehen unterdrückt. Cajus sieht sich von seinen Gläubigern gedrängt, schon mehrere haben ihn verklagt, mehrere noch werden losbrechen, wenn jene die Execution impetriren. Und doch ist der Schuldner in dem Augenblick aus einem Zusammenflusse widriger Umstände und eben aus dem Grunde, weil sie alle zugleich befriedigt seyn wollen, unvermögend, sie alle klaglos zu stellen. Wenn sie nur etwas warten wollten; aber sowie die Sache sich anläßt, wo jeder mit seinen Ansprüchen auftritt, wird es, fürchte ich, zum Concurse kommen. — In dieser Noth wendet sich Cajus nun vertrauensvoll an den Richter; aber in seiner Unerfahrenheit weiß er nur sein Anliegen auszudrücken, keine angemessene Vorschläge zu machen. Besäße er die nöthige Geschäftsgewandtheit, oder wäre er durch einen Sachwalter berathen, so würde er sein Gesuch durch Vorlegung eines förmlichen Activ- und Passiv-Status und Zahlungsplans substantiiren und den Richter in den Stand setzen, ohne weiters das geeignete Verfahren mit den Gläubigern anzugehen. Allein hier muß der Richter sogar dem ganzen Antrag erst die gehörige Form geben; er muß erst mittelst einer vielleicht mühsamen Information herausbringen: wie der Schuldner allerdings noch hinlängliche Mittel habe; wie und mit welchen ökonomischen Einrichtungen selbige etwa flüssig zu machen oder in den ordentlich nutzbaren Gang zu bringen; wie also der Schuldner unbeschadet seiner Aufrechthaltung und der Sicherheit seiner Gläubiger billige Zahlungsvorschläge machen könne, und wie sich die gegenseitigen Interessen zur Beruhigung Aller identificiren lassen mögen. So ist denn der ganze Antrag mit seinen Modalitäten und Motiven das Werk nicht des im Protokoll als redend und vorschlagend aufgeführten Cajus,

sondern des Richters. Und siehe da, der Zahlungsvergleich kommt zu allerseitiger Zufriedenheit glücklich zu Stande, und dieß mittelst des Einflusses, den der Richter nicht bloß während der Verhandlung mit den Gläubigern, sondern schon bei der ersten Einleitung des Geschäfts geltend gemacht hat. Hier wird also kein ausergerichtlich schon zur Richtigkeit gekommenes Geschäft der richterlichen Prüfung und Bestätigung unterstellt; hier keimt, wächst und reift so zu reden das Geschäft in den Hallen des Gerichtshofes unter der Pflege des Richters.

Gewisse Geschäfte sind übrigens schon ihrer Natur nach so beschaffen, daß sie eine kunstmäßige Einleitung und Behandlung voraussetzen, und daß es dabei auch auf Aeusserungen der richterlichen Entscheidungsbefugniß ankommt, gewissermassen wenigstens. Man denke sich eine Erbtheilung oder andere Gemeinschafts-Auseinandersetzung, welcher wohl nur selten ein Geschäftsunerfahrner gewachsen ist e). Sofern als eine dergleichen Auseinandersetzung das Product der Entwickelung factischer Verhältnisse und rechtlicher Reflexionen ist, und also der Richter öfters beinahe in der nämlichen Stellung zu den Parteien erscheint, wie im streitigen Prozesse, stellt sie sich ohnehin als ein Geschäft einer, der reinen Privatwillkühr überlegenen Thätigkeit dar. Hier würde auch sofort das streitige Verfahren (auf den

---

e) Ich weiß aus langer Erfahrung, daß dergleichen von den Privaten auf eigne Faust unternommene Auseinandersetzungen oft nicht nur keinen erwünschten Fortgang nehmen, sondern nicht selten sogar zu Verwirrungen und nachherigen Prozessen dadurch Anlaß gegeben wird. Abgesehen von dem Mangel an Uebung in Geschäften dieser Art ist ihnen schon ihr eigenes Interesse und die daraus entstehende Befangenheit an einer gedeihlichen Thätigkeit hinderlich.

Grund der Theilungsklagen — familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum) — eintreten, wenn überhaupt ein Theil sich der Auseinandersetzung selbst weigerte. Allein daß getheilt, daß die Grenze berichtigt werde, darüber ist ein Streit eben nicht sehr practisch; nur das Wie ist es, worüber man verschiedener Meinung zu seyn pflegt. Und gerade hier erkennen gewöhnlich beide Theile den vermittelnden Zwischentritt eines Dritten als wünschenswerth nämlich des Richters.

§. 106.

— A. unmittelbar zur Vorbeugung von Prozessen.

Daß es vornämlich der Richter ist, den die Parteien zur Abwendung oder Beendigung von Streitigkeiten als Vermittler angehen, liegt in der Natur seiner Stellung zu ihnen und seiner Wirksamkeit. Er ist es, an welchen, vorausgesetzt, daß die streitige und nichtstreitige Gerichtsbarkeit von einer und der nämlichen Richteramtsbehörde ressortirt, die Sache am Ende doch zur förmlichen Entscheidung kommt, und es ist also mit seiner vorläufigen Information auch schon für diesen Fall gewonnen. Aber seine Vorschläge und Anordnungen haben auch die Idee des Nothwendigen für sich, dem man sich nicht nach bloßer Willkühr und Laune, wie einer gewöhnlichen Mittelsperson gegenüber, entziehen kann. Denn er ist Repräsentant einer höhern Gewalt. Seine Einschreitungen gewinnen daher durch diese Vorstellung an Bestimmtheit und Festigkeit, wozu aber auch noch das Vertrauen auf seine pflichtmäßige Unparteilichkeit kommt, ein Vorzug, dessen ein gewöhnlicher Vermittler schon entbehrt.

Man kann wohl nur nach seltenen Ausnahmen annehmen, daß jemand nur aus Lust am Prozeßführen

streitet, daß er nicht lieber sich vergleicht, besonders ehe es noch zur Klage gekommen ist. Dieß ist vorzüglich der Fall bei Personen aus den untern Ständen, und es kommt dieß auf Rechnung ihrer Abneigung gegen Formalitäten und überhaupt gegen alles, was sie in ihrer gewöhnlichen Beschäftigung stört. Bei ihrer Unbekanntschaft mit den Regeln des Verfahrens, überhaupt mit dem Gange der Geschäfte, und bei den daraus entstehenden Zweifeln und Bedenklichkeiten ist eine lang andauernde Ungewißheit ihnen vollends unerträglich. Mit der Vorstellung einer rechtlichen Nothwendigkeit beschwichtigt der Bauer nur selten das Vorurtheil einer willkührlichen Formenhäufung. Die geschiedenen Eheleute sind herzlich froh, daß sie einmal von einander sind; daß sie auch noch einen förmlichen Vermögens-Scheidungs-Prozeß durchfechten sollen, damit söhnen sie sich höchstens nur so aus, wie mit einem unvermeidlichen Uebel. Der Richter darf es also ja nicht sofort als eine Anmeldung zu einer Vermögens-Separationsklage ansehen, wenn eines von den geschiedenen Eheleuten nach rechtskräftigem Ehescheidungs-Erkenntniß den Antrag auf Vermögens-Auseinandersetzung macht. Ueberhaupt fühlt, wie schon gesagt worden, in diesem und hundert ähnlichen Fällen der gemeine, rechts- und geschäftsunerfahrne Mann bloß das Bedürfniß der Veränderung seiner dermaligen rechtlichen Lage. Er wendet sich deßhalb an seinen vorgesetzten Beamten, erwartend, daß dieser ihm Mittel und Wege für seinen Zweck zeigen werde, ohngefähr so wie er diesem in einem Gegenstande des Ackerbaues oder der Gewerbe nützlichen Rath geben würde, wenn sich derselbe an ihn wendete. — In jener ehelichen Vermögens-Separationssache, wo man (ich setze nämlich voraus, daß es so geschehen) sofort einen Prozeß eingeleitet hat, hätte es bei einer zweckmäßigen Verwendung des rich-

terlichen Amts dessen wohl nicht bedurft. Auch war es dieses keineswegs, was die geschiedene Frau beabsichtete, als sie vor Gericht kam und den Justizamtmann ersuchte, er möge nun eben dafür Sorge tragen, daß sie mit ihrem gewesenen Mann wegen ihres Eingebrachten ꝛc. vollends auseinandergesetzt würde. Ich an seiner Statt hätte beide Ehegatten und einige ihrer nächsten Verwandten vorkommen lassen und mich erst durch Unterredung informirt, was sie von einander verlangen. Ich hätte mir ihre Ehepacten vorlegen, ihr wechselseitiges Eingebrachtes, ferner die Data zur vorläufig ohngefähren Errungenschafts- oder Einbuße-Berechnung, also namentlich die etwa contrahirten Schulden, und ob sie von beiden Theilen anerkannt werden, anzeigen lassen, und dann gehört, was Eines dem Andern in Güte zu bewilligen bereit wäre. Gesetzt nun auch, es wären mehrere streitige Punkte vorhanden, und darüber eine Vereinigung nicht zu erzielen gewesen; so war es ja noch immer Zeit genug, den Rechtsweg einzuleiten, und zwar jetzt mit Absonderung der unbestrittenen Punkte sogleich auf die streitigen allein, wodurch das Prozeßverfahren offenbar schon an Vereinfachung gewonnen haben würde. Vielleicht hätte sich es aber nur von minder bedeutenden Differenzpunkten gehandelt, und dann würde die von dem amtlichen Vermittler mit wohlmeinendem Ernste vorgehaltene Alternative: entweder heute schon mit einem, doch noch ungewissen, Opfer gänzlich auseinandergesetzt, oder länger noch in einem kostspieligen Absonderungs-Prozesse herumgezogen zu werden, wahrscheinlich den Zweck nicht verfehlt haben, und auf jeden Fall — wäre ja nichts verloren gewesen. Dieß ist bei so vielen Irrungen, vornämlich bei den s. g. judiciis divisoriis der Fall. Es braucht nur einer zweckmäßigen Einleitung, der sachgemäßen Verwendung eines pflichtmäßig theilnehmenden Richters,

und weitaussehende Prozesse werden oft zur allerseitigen Zufriedenheit im Entstehen abgethan, statt daß, wie es leider so häufig geschieht, die Parteien ohne eigentlich recht zu wissen wie, in einen Prozeß gezogen werden.

Wo sich der gemeine Mann noch in seiner natürlichen Einfalt und glücklichen Unbekanntschaft mit den Händeln und Umtrieben vor Gericht befindet, unterscheidet er sorgsam (und das ist ihm nicht zu verdenken, denn es kostet ihm Geld und Ruhe!) einen einfachen s. g. Klag- und Verhörshandel (summarischen Rechtsstreit) und — einen Prozeß. Wenn er mit seiner Klage die Schwelle des Gerichtszimmers betritt, so denkt er nur an die Hülfe, nicht an die Mittel zu diesem seinem Zwecke. Hülfe, glaubt er, könne durch ein einfaches Verhör, durch eine kurze Auseinandersetzung ihm widerfahren und es brauche da weiter keiner Weitläufigkeiten. Schon mehr als einmal ist mir vorgekommen, daß ein Klaghandel bereits bis zum Probatorium instruirt war, als der Bauer, der denn doch nachgerade bedenklich wurde, erst die Besorgniß äusserte: wenn es eben nur nicht zu einem Prozeß komme! Hier ist einer von den vielen Fällen, wo das in verbis simus faciles als eine schädliche Maxime erscheint. Die Ausdrücke: Irrungen und Streitigkeiten werden häufig für gleichbedeutend genommen; sehr mit Unrecht. Denn wir verkümmern uns damit gleichsam von vorn herein die Hoffnung, jene Irrungen, als auf bloßen Mißverständnissen beruhend, durch zweckmäßige Aufklärung dieser zu heben, ehe daraus Streit entsteht.

Von fünf Prozessen ließen sich vielleicht vier im Entstehen unterdrücken, ehe durch die Dazwischenkunft übler Rathgeber das Feuer erst angefacht wird. A hat an B sein Gut verkauft; sie sind durchaus und bis auf

eine unbedeutende Irrung über einige Inventarienstücke in Richtigkeit mit einander; werden sie nicht wünschen, diese Irrung in Güte beigelegt zu sehen? Sie sehnen sich vielleicht nach einer unbefangenen Vermittelung, da sie einander nicht bevortheilen wollen, jeder aber seine Meinung für die richtige hält, und nur von sich selbst einen Irrthum zuzugestehen gewissermassen für einen Ehrenpunkt ansieht. — E ist dem D ein Capital schuldig, das er jetzt heimzahlen soll; er vertröstet den Gläubiger auf seine älterliche Erbschaft, deren Regulirung nächstens beendigt seyn wird. Wahrscheinlich ist D bei gehöriger Verständigung von Seiten des jene Erbschaftssache selbst bearbeitenden Richters: "daß er durch eine "übereilt angestellte Klage doch nicht geschwinder zu "seinem Gelde komme, dagegen bei diesen oder jenen "Versicherungs-Modalitäten wohl noch etwas warten "könne" zur gewünschten Nachsicht wohl zu bewegen. — E fordert von seinem Schwiegervater das Heirathsgut, weil er das angekaufte Haus bezahlen soll, weßhalb er von seinem Verkäufer F gedrängt wird. Der Schwiegervater ist aber in gleicher Verlegenheit, wie der E; auch ihm gehen die nöthigen Gelder nicht promt ein. Wird der Weg des Prozesses diese Verkettung momentaner Zahlungshindernisse geschwinder auflösen, als eine gütliche Ausgleichung und Verständigung unter allen Interessenten, die durch die richterliche Verwendung bewirkt wird? — G und H sind wegen ihrer Grenzen verschiedener Meinung; I kann sich mit seinem Verpächter wegen einer Remissionsforderung nicht einigen. Keiner von diesen will es gerade auf den richterlichen Ausspruch im Wege des Prozesses ankommen lassen, sie denken, wie man sagt, beiderseits billig, und so würden sie denn auch einem billigen Vermittler gern die Hand bieten u. s. w. — In allen diesen und tausend ähnlichen Fällen entstehen Prozesse, welche die Ru-

he ganzer Familien stören, denen aber durch zweckmäßige Einschreitung des Richters vorgebeugt werden kann, wenn er die Kunst versteht und anwenden will, die widerstrebenden Interessen zu vereinigen und — zweckmäßige und reelle Begütigungsmittel an die Hand zu geben, wenn er guten Rath ertheilen und zu dessen Befolgung selbst thätig mitwirken will, als ein wohlmeinender und verständiger Freund aller Betheiligten. Denn das muß er freilich; Mittel muß er an die Hand geben, sonst würde seine Bemühung wohl in den meisten Fällen eben so fruchtlos seyn, als wenn man dem Prediger die Hebung dieser Meinungsverschiedenheit auftragen, oder bloß mit moralischen Gemeinplätzen die Gemüther der Betheiligten beruhigen wollte, die weniger durch die Macht der Leidenschaft als durch den Drang des Bedürfnisses bewegt sind. Sehr mit Unrecht macht man daher den Parteien in dergleichen Fällen öfters den Vorwurf, daß sie unbedeutsam seyen, sich nicht verständigen ließen. Wollten wir uns doch fragen, ob das, was wir ihnen vorschlagen, auch annehmlich ist; ob wir nicht Unbilliges von ihnen fordern? — Es ist doch wohl nicht billig, einem Gläubiger zuzumuthen, seinem Schuldner Nachsicht zu geben, wenn wir ihm nicht zugleich den Weg zeigen können, auf welchem er es unbeschadet seiner Sicherheit thun kann; ferner wenn er durch diese Nachsicht selbst in eine Verlegenheit in seinem ökonomischen Zustande kommt, die leicht eben so groß seyn kann, als die des Schuldners, dem er ein Opfer bringen soll.

§. 107.

— B. bei noch nicht streitig gewordenen Interessen.

Wir haben bisher den Fall betrachtet, wo unter mehrern Interessenten über ihre Rechte eine mehr oder

weniger zum Prozesse sich neigende Meinungsverschiedenheit entstanden, und wo es also auf Anwendung des Vermittlungsamts und auf ein Nachlassen an behaupteten Rechten ankommt. Aber auch abgesehen von der richterlichen Thätigkeit beim Vergleichstiften, tritt die geschäftsinitiative und vermittelnde Wirksamkeit des Richters in dem nichtstreitigen Verfahren ein, so oft es überhaupt der implorirten Fürsorge für einen Rechts- und Geschäftsunerfahrnen, bei gütlicher Auseinandersetzung unausgemachter Rechtsverhältnisse, gilt. Eine Heirath, wobei die Interessen von Kindern aus verschiedenen Ehen zu berücksichtigen und zu reguliren sind; eine beabsichtete Güterzertrümmerung zum Zwecke besserer Arrondirung mit Berücksichtigung betheiligter Gläubiger; ein Dominikal-Rentenablösungs-Unternehmen; die Realisirung mancher Hypothekengeschäfte (vergl. S. 249.) u. dergl. — können Veranlassung zu der geschäftseinleitenden Thätigkeit des richterlichen Amts werden, ohne daß es auf eine eigentliche Streitvermittelung ankommt. Hier kann man in der That oft noch mehr Schwierigkeiten in der Auswahl der Mittel zum Zwecke finden, als da, wo gegenseitige Interessen sich begegnen, deren Reibung gewissermassen die Erfindungskraft electrisirt. Durch die lebhaftere Behandlung der Sache von verschiedenen Betheiligten werden oft Ideen hervorgelockt, die bei einem einseitig, also der Natur der Sache nach schon kälter behandelten Geschäfte wohl noch länger geschlummert hätten, vielleicht gar nie erwacht wären. Diese reinwillkührlichen Geschäfte sind also keineswegs die leichtesten bei der Geltendmachung des richterlichen Anleitungsamts. Es kommt nicht auf bloße Formen, es kommt auf materielle Kenntnisse, auf mannigfaltige Erfahrungen, auf Scharfsinn und Umsicht an, um dem Hülfsbedürftigen zweckmäßig zu rathen und zu helfen, und das Vertrauen

desselben, womit er sich seinem vorgesetzten Beamten näherte: es werde dieser die Sache zum besten machen, nicht zu täuschen. — Der Bauer Leidhart besitzt eine Wiese an dem Regnitzflusse, an der sich bei dem Eisgang im letzten Winter ein beträchtlicher Wasserriß oder Uferbruch ergeben hat, welcher immer größer zu werden und endlich, wenn nicht bald Hülfe geschafft wird, der ganzen Wiese den Untergang droht. Die Herstellung erfordert aber einen Aufwand von mehrern Hundert Gulden, und der Bauer hat schon so viele Hypothekenschulden auf sich, daß er keinen Credit mehr zu finden weiß. In seiner Noth wendet er sich an den Landrichter: er meint, dieser solle sich bei der höchsten Stelle um eine Unterstützung zu seinem Wasser-Bauvorhaben verwenden, oder wenigstens ihm ein Attest über seine traurigen Umstände ertheilen, um darauf milde Unterstützungsbeiträge zu sammeln. — Wir wollen überlegen, was zu thun ist; aber vorläufig schon will uns der Vorschlag des Bauers nicht gefallen. — Soll der Richter dem ehrenvollen Vertrauen, das der Rechtsunerfahrne in ihn setzt, würdig entsprechen, so muß er nicht allein helfen wollen, also von moralischer Seite betrachtet, ein Mann von menschenfreundlichem Herzen seyn: er muß auch zu helfen wissen, also in Beziehung auf seine Fähigkeiten Theorie mit Geschäftsgewandtheit, Rechtskenntniß mit Erfahrung und practischer Tactfestigkeit verbinden; er muß mit einem Wort ein tüchtiger, practischer Jurist seyn. Diese Eigenschaft ist es aber nun freilich gerade, die, bei dem besten Willen übrigens, so vielen Geschäftsmännern fehlt. Darum wissen sie es nicht anzugreifen. Mögen sie sich noch so sehr zermartern, alle ihre Collegienhefte und Formularbücher durchblättern; sie finden keinen Trost, nichts als Bäume und keinen Wald; — den casum in terminis finden sie eben

nicht! Was, nach dem obigen Beispiele, ein Bauer zu thun habe, um einen Wasserriß wieder herzustellen, wenn er dazu kein Geld hat, und wegen vieler Schulden keinen Credit findet, gerade das steht nicht darin. Es wird also der ganze gelehrte Plunder in die Ecke geworfen und vielleicht der Vorschlag des Bauers als guter Rath erklärt. Hätte man aber doch bedacht, wie wenig von der Verwendung bei der Landesregierung um deßwillen zu erwarten war, weil deren Kassen unmöglich so reich dotirt seyn können, um alle dergleichen Schäden abzuwenden! Das verlangte Zeugniß aber ist nichts anderes als ein Bettelpatent, dergleichen in gut eingerichteten Verfassungen nicht Statt finden darf, und welches daher der Beamte, wenn er die Sache einen Augenblick überlegt, Bedenken tragen muß auszustellen. — Also bleibt wohl der Uferbruch und dem Flusse die Freiheit, seine Verwüstungen im nächsten Winter fortzusetzen, vielleicht sich ein ganz neues Bett zu suchen? — Wenn es nicht anders angegriffen wird, allerdings! Aber ich dächte, es läge nahe genug, wie unserm Leidhart oder vielmehr seiner Besitzung, also dem Sicherheitsobject für seine Realverbindlichkeiten, zu welchem auch die Wiese gehört, zweckmäßig zu helfen. — Wer ist denn dabei zunächst interessirt, daß die einen Theil des Leidhartischen Gutes ausmachende Wiese nicht zu Grunde gehe? Ich meine doch niemand anders als die Hypothekengläubiger, sowie nach Gelegenheit die Gutsherrschaft. Also diese mögen nur die Mittel herbeischaffen, wodurch ihre Sicherheit und das Object ihrer Gerechtsame vom Untergange gerettet wird, da es ausser ihnen niemand thun wird, und der zunächst Verpflichtete nicht kann. Darum sind diese vor allen von der Sache in Kenntniß zu setzen und zu vernehmen, ob sie für die Herstellung sorgen wollen. Wollen sie sich zu nichts verstehen, so mögen sie es sich gefallen lassen, wenn das Grundstück, al-

lenfalls das ganze Gut (wenn dieß von der Wiese allein als incorporirt nicht Statt finden sollte) mit der Verbindlichkeit der Herstellung des Schadens an den Meistbietenden verkauft wird. Diese Maßregel wird besonders in dem Falle nothwendig, wenn es sich nicht um Verschlimmerung der zunächst betroffenen Sache allein handelt, sondern wie hier auch den Angrenzern Gefahr droht, sobald der Fluß seine zerstörende Gewalt weiter ausbreitet. Diese Grenznachbarn sind daher vor allen auch bei den Verhandlungen beizuziehen, um ihre Rechte wahren zu können. Werden diese Interessenten von den Verhältnissen genau unterrichtet, so müßten sie doch sehr kurzsichtig oder eigensinnig seyn, wenn eine gütliche Vermittelung fehlschlüge.

§. 108.

Einige Regeln.

Es gibt der Natur der Sache nach keine allgemeine Regel für diesen Theil der richterlichen Obliegenheiten, noch weniger ein Arkanum für die aus der Unbehülflichkeit mancher Geschäftspfleger entstehende Verlegenheit. Indessen will ich versuchen, Anfängern in der Praxis einige Winke zu geben, und diese sind nächst den §. 50. besonders unter num. 5, 8, 9, 12, 13 und vorzüglich num. 14. gegebenen Regeln folgende:

1) Man benütze fleißig die practischen Hülfsmittel, wovon oben (§. 27. num. 1—4.) die Rede war, vornämlich die Gelegenheit der Vorbereitungs-Praxis. Je mannigfaltiger die Erfahrungen sind, die wir über die Erscheinungen im bürgerlichen Verkehre gesammelt haben, um desto tüchtiger werden wir uns bei der Lösung der in Frage befindlichen Aufgabe bezeigen. Die dadurch erlangte practische Gewandtheit und die Analogie wird uns zum sichern Führer dienen, auch unter ganz

verschiedenen Verhältnissen. Wer in dem großen Buche des Lebens wohl bewandert ist, für den enthalten Bibliotheken von practischen und casuistischen Schriften nichts neues mehr; er wird ohne sie nicht in Verlegenheit seyn, wohl aber oft, wenn er sie allein zu Führern hat.

2) Man betrachte das Geschäft mit allen seinen Nebenumständen, und deren Einfluß auf die Hauptsache; überlege dessen Zweck, die Absicht der Interessenten, ihre Bedürfnisse, die Mittel selbigen zweckmäßig abzuhelfen, höre und prüfe ihre eigenen Vorschläge, überschaue mit andern Worten die Stellung, in der die Betheiligten sich jetzt befinden, und die, worein sie sich ihres erlaubten Vortheils wegen zu versetzen gedenken.

3) Man prüfe mit Umsicht, mit Vergleichung ähnlicher Fälle, die Hindernisse und Schwierigkeiten, die sich den zu verändernden Verhältnissen entgegenstellen; das etwa dabei obwaltende Interesse Dritter u. s. w. Man frage sich, sind nicht schon öfters aus dem Geschäft, das den Gegenstand der Bearbeitung macht, Prozesse entstanden? — warum?

4) Man erwäge mit Klugheit die Mittel gegen die etwa obwaltenden Hindernisse; kann diesen auch nicht sofort definitiv, vielleicht kann ihnen doch provisorisch für den Zweck der Parteien abgeholfen werden.

5) Man ziehe, wo es seyn kann, die reifere Erfahrung Anderer zu Rathe. Denn hier ist es, wo einzig Erfahrung und längere Uebung den Ton angibt, und der Jüngere darf sich daher durchaus nicht schämen von dem Aeltern zu lernen. Ueberhaupt, immer nur, wenn auch im gerechten Vertrauen auf unsere Einsichten, auf diese allein uns verlassen, macht einseitig und hindert also nothwendig die Annäherung zum Ziele des vollendeten Geschäftsmannes. Endlich

6) vergesse man nicht die alten Sprüchwörter: gut Ding will Weile haben; — guter Rath kommt nicht vor morgen. Also — nichts übereilt! Sollten auch die Parteien scheel dazu sehen, daß sie eines verwickelten Handels wegen noch einen Gang zum Amte machen müssen; besser diesen zweiten Gang in Liebe und Frieden, als in der Folge — bei entstehendem Prozesse — vielleicht zwanzig sauere Gänge in Haß und Zwietracht.

§. 109.

Zugabe einiger erläuternder Beispiele.

Noch einige Beispiele sollen das bisher Gesagte näher erläutern und diese Betrachtung schließen.

A will auf sein Gut, das er vor einigen Jahren von B erkauft hat, ein Hypothek-Darlehen aufnehmen. Es wird der Realzustand des noch nicht in das Hypothekenbuch eingetragenen Gutes untersucht, und hiebei zeigt sich, daß der A zwar den Kaufschilling an den B bezahlt hat, daß aber in Ansehung der Veräusserungs-Befugniß des letztern und so denn rücksichtlich des Besitztitels des A noch erhebliche Bedenken obwalten, die leider von dem nun verstorbenen Justizbeamten bei der Aufnahme des Kaufcontracts übersehen wurden, aber bei sorgfältiger Erkundigung (§. 66.) nach den persönlichen Verhältnissen des Verkäufers hätten beseitigt werden können. Dieser hatte nämlich mit seiner früher gestorbenen Frau, mit der er in allgemeiner Gütergemeinschaft lebte, drei Kinder erzeugt, denen bei der Absonderung statutargesetzmäßig die Hälfte des ganzen Vermögens gebührte. Das jüngste dieser Kinder, ein Sohn, war Soldat und im Feldzuge nach Rußland vermißt worden. Nachrichten eines Kameraden zufolge war er wahrscheinlich gestorben. Dieß genügte dem Vater, ihn bei der Abthei-

lung mit den übrigen zwei großjährigen Kindern, welche eben wegen deren Großjährigkeit mit Umgehung der Gerichte erfolgte f), als todt zu übergehen. Bei der oben bemerkten Untersuchung des Realzustandes des Guts kam die Sache nun zur Sprache. Daß das Gericht, welches hier zugleich obervormundschaftliche Behörde ist, den abwesenden Sohn nicht sofort für todt annimmt, versteht sich von selbst. Aber daraus folgt zugleich die Nothwendigkeit wirksamer Maßregeln zur Wahrung seines Interesse. Das Gericht kann es sich hier freilich bequem machen, wenn es sich begnügt, für den Abwesenden eine Verwahrung in das Hyp. Buch einzutragen, und dem A überläßt, sich an den B und an die Erben des Beamten zu halten. Allein damit ist dem A jetzt nicht geholfen. Er soll, wenigstens bis es zur Rechtshülfe kommt, weitaussehende Prozesse führen und unterdessen creditlos bleiben. Wer berechnet die Folgen, die dieß für ihn haben kann? Der Mann leidet überdieß unschuldig, da er sein Kaufgeld im Vertrauen auf das gerichtlich vollzogene Geschäft bezahlte; schon darum verdient er billige Berücksichtigung. Auch das Interesse des Abwesenden ist nicht vollständig berathen, so lange dessen Erbgut nicht gehörig ausgemittelt ist. — Wie wird sich nun das Gericht hier zweckgemäß benehmen, und die Sache in das rechtliche Geleise leiten? — Es kann nicht sofort den Besitztitel für den A eintragen, also auch mit der Eintragung des Darlehens nicht verfahren, weil, so lange der Abwesende oder sein Vertreter nicht zustimmt, jenes Besitztitel noch

---

f) Wo die Prediger und Ortsvorsteher ihre Schuldigkeit thun, kann ein solcher Fall den Gerichten freilich nicht unbekannt bleiben. Denn sie sollen eigentlich jeden Fall, wobei Tutel- oder Curatelbedürftige betheiligt sind, den Gerichten zur Anzeige bringen.

auf prekären Verhältnissen beruht. Während also der Richter 1) dem A überläßt, seine Zuständigkeit gegen den B und die Erben des Beamten, der den Kaufvertrag bestätigt hat, so gut als möglich zu wahren, wird er 2) den B auffordern, binnen einer angemessenen Frist den Todtenschein seines Sohnes beizubringen, unter dem Präjudiz, daß ausserdem eine förmliche Curatel über den Abwesenden und was dem anhängig, werde eingeleitet werden. Wird nun der Todtenschein nicht beigebracht, so wird 3) mit förmlicher Anordnung der Curatel über den Abwesenden verfahren, wobei es keiner Erinnerung bedarf, daß der Vater wegen seines collidirenden Interesse unfähig ist, die Stelle zu bekleiden. 4) Das nächste ist nun der Antrag des Curators auf die Ausmittelung und Sicherstellung des Curatelvermögens, oder des Mutterguts des Abwesenden. Dieses wird nach Gebühr richtig gestellt, und es haften dafür zwar zunächst der Vater und seine übrigen 2 Kinder; allein sie sind in Umständen, daß die Beitreibung sofort nicht möglich ist. So glaubt sich denn der Curator mit Recht an das dem A verkaufte Gut halten zu dürfen. Er macht den Antrag, das Curatelvermögen auf dasselbe im Hypotheken-Buche einzutragen, weil jedoch A seiner Verbindlichkeit, dafür zu haften, widerspricht, einstweilen wenigstens protestationsweise. Daß diese Maßregel den A, dem an der baldigen Realisirung des Darlehens liegt, in große Verlegenheit setzt, ist leicht einzusehen, und der Richter findet hierin gewiß Motive zu einem Auskunftsmittel, dessen Anwendung ihm sein Verhältniß als Obervormund erleichtert. Es wird nämlich, da eine Edictalcitation des Abwesenden mit der Wirkung der Todeserklärung noch nicht Statt findet, auch ohnehin zu langsam wirken würde, 5) unter amtlicher Vermittelung folgendes Abkommen erzielt: A läßt das Kuratelvermögen auf sein Gut eintragen, der B und seine Kin-

der versprechen aber binnen Jahresfrist die Hypothek freizumachen. Der Curator willigt in die Eintragung des Besitztitels für den A und des Mutterguts seines Curanden zur zweiten Stelle, räumt also dem aufzunehmenden Darlehen die Priorität ein, welches nun den erwünschten Fortgang erhält.

So einfach wie die Sache in diesem Beispiele vorgetragen ist, scheint freilich alles von selbst so kommen zu müssen, und die Einschreitungen des Gerichts nichts weiter als das Product einer alltäglichen Reflexionsgabe zu seyn. Allein nächst gutem Willen wird Umsicht und einige practische Uebung eben doch dabei vorausgesetzt, wenn nicht in der Ausübung, wo überhaupt so manches anders gelegt und gestellt erscheint, als es nach der Vorstellung, womit wir uns bisweilen an ein Geschäft machen, seyn sollte, der rechte Gesichtspunkt verfehlt, und so vielleicht unpassende Maßregeln genommen werden sollen, oder doch nur solche, wodurch nicht alle Interessen befriedigt sind. Wenigstens dürfte der Creditsuchende ohne das bemerkte Auskunftsmittel noch lange in Verlegenheit bleiben.

Ein Beispiel anderer Art, wo sich die Thätigkeit des Richters für die einfache Ordnung einer, ohne seine zweckmäßige Verwendung vielleicht zu weitaussehenden Irrungen sich neigenden, Angelegenheit wohlthätig äussert, mag die Constituirung einer nothwendigen Servitut geben. C besitzt an der neuen Straße von Erlangen nach Baiersdorf einen Acker. Ehe vor 5 Jahren die Straße chaussirt worden, hatte derselbe die ungehinderte Ein- und Ausfuhre über den alten Straßengrund. Seit die Chaussee mit ihren Seitengräben hergestellt ist, ist ihm der vorige Weg versperrt. Weil er aber über seines Schwagers D Acker mit dessen Vergünstigung fahren konnte, so unterließ er, seine Zu-

ständigkeiten bei der Anlegung der Straße gehörig zu wahren. Der Schwager ist aber nun gestorben, der precario dienende Acker in die Hände des E gekommen, und dieser denkt minder nachsichtig als sein Vorbesitzer. C versucht es mit dem Nachbar F; er findet hier gleiche Unwillfährigkeit; man droht ihm von allen Seiten mit der Klage, wenn er sich einer Fuhre anmaße, wozu er kein Recht habe. In seiner Verlegenheit geht er zu dem Richter, der ihm sagt, daß hier kein anderes Auskunftsmittel sey, als die Bestellung einer nothwendigen Dienstbarkeit, "er müsse sich eben eine Fuhre kaufen," wie man zu sagen pflegt. Gibt ihm der Richter weiter sonst keinen Bescheid, so wird der Bauer eben so unberathen und verlegen die Amtsstube verlassen, als er sie betreten hat; er wird nolens volens zu einem Advocaten laufen, oder von dem E oder F, vielleicht von beiden zugleich, weil er factisch verfährt, belangt werden, also durch die Apathie des Richters zuverläßig in Prozesse gerathen. Vielleicht kommen zu den Negatorien- noch Injurien-Klagen; denn nichts ist in solchen Fällen leichter, als daß es zu Thätlichkeiten kommt. Das alles wäre nun bei zweckmäßiger Verwendung des richterlichen Amts vermieden worden; und wie? — Ganz einfach, durch Einnehmung eines Augenscheins mit Zuziehung Sachverständiger und sämmtlicher Interessenten. Hier, an Ort und Stelle, müssen sich die thatsächlichen Verhältnisse über die Nothwendigkeit der Dienstbarkeit, über deren mit der möglichsten Schonung wohlerworbener Rechte zu regulirende Modalitäten, und über die dafür zu leistende billige Entschädigung ergeben. Hier, an Ort und Stelle, spricht gleichsam die Sache selbst das natürliche Billigkeitsgefühl an. Eine Fuhre muß C haben, das springt in die Augen; über den Acker des E ist sie natürlicher, sie ist näher, bequemer und unschädlicher als über den Acker

des F, und kommt auch wegen Hartnäckigkeit des E kein gütliches Abkommen zu Stande, so ist die Arbeit nicht vergeblich; denn es ist durch diese präparatorische Verhandlung soviel ausgemittelt, daß eine Menge factischer Erörterungen im Prozeß vorläufig schon überflüssig geworden, und daß die ganze Irrung vielleicht nur noch auf einfachen Rechtsfragen beruht. — Nun noch ein, ganz eigentlich dem nichtstreitigen Verfahren angehöriges Beispiel.

Die Bäckerswittwe Kraus bringt folgendes an: "Ich besitze in Baiersdorf ein Haus Num. 15., eine Scheune, einen Garten von 2 Tagwerken und ausserdem 1 Tagw. Wiese und 5 Morgen Aecker. Darauf bin ich schuldig

2000 fl. dem Kaufmann Schneider zu Nürnberg,
1500 fl. väterliches Vorausvermögen meinen 3 Kindern, welche noch minderjährig sind.

Diesen meinen Kindern sind unlängst noch 1200 fl. von meiner verstorbenen Schwiegermutter an Erbgut angefallen, welche nach dem Testamente der Erblasserin auf sichere Hypothek ausgeliehen, mir aber davon die Zinsen überlassen werden sollen, so lange ich die Kinder in meinem Brode habe. Der mir beigeordnete Mitvormund derselben ist bekanntlich der Färber Specht zu Erlangen. Ich habe mich veranlaßt gesehen, meine oben bemerkte Wiese, weil sie mir etwas entlegen ist, an den Bierbrauer Lauterbach zu Bubenreuth gegen eine andere von 1½ Tagwerk zu vertauschen, und bin mit dem Besitzer schon aussergerichtlich übereingekommen, indem ich ihm 300 fl. baare Aufgabe leiste. Hierzu und zur bessern Einrichtung meiner Nahrung, insonderheit aber zur Unternehmung eines nothwendigen Baues an meiner baufälligen Scheune, wünschte ich die Auszahlung der noch im gerichtlichen Depositorium liegenden

1200 fl.

1200 fl. großmütterliches Erbgut meiner Kinder gegen Eintragung auf meine sämmtlichen Besitzungen zu erhalten. Ich habe zwar mein sämmtliches Besitzthum bei der väterlichen Vorausregulirung für meine Kinder nur für 6000 fl. angenommen, allein es hat durch Verbesserungen einen Werth von 8000 fl. erhalten, und meine Kinder sind also wohl gesichert. Auch will sich nöthigen Falls mein Bruder, der Müller Nagel zu Buckenhof, für mich auf die Erbgutsforderung meiner Kinder verbürgen, also daß es an der vollen pupillarmäßigen Sicherheit nicht fehlen soll. Ich bitte nun das Gericht, das Erforderliche einzuleiten, daß mein Vorhaben sowohl wegen des Wiesentausches als wegen der Ueberlassung des großmütterlichen Erbgutes meiner Kinder Fortgang gewinnt."

Die beiden Rechtsgeschäfte, der Tauschcontract und das Darlehen aus dem Depositorium, fordern folgende Modalitäten zu ihrer rechtsbeständigen Verhandlung oder Substantiirung:

1) Der Besitztitel des Brauers Lauterbach rücksichtlich der 1½ Tagw. Wiese und also seine Veräusserungsbefugniß dürfen keinem Hindernisse unterworfen seyn.

2) Die Hypothekengläubiger der ꝛc. Kraus müssen ihres Unterpfandsrechts an dem zu vertauschenden Objecte sich begeben.

3) Der Vormund muß in die Ueberlassung der 1200 fl. an die Wittwe Kraus willigen mit der Erklärung, unter welchen Modalitäten und Bedingungen dieß geschehen solle, und es muß dazu die obervormundschaftliche Genehmigung erfolgen. Dieß alles ist Gegenstand einer motivirten Entschließung des Gerichts auf das Vorbringen der Wittwe, und jene dient zugleich zur ord-

nungsmäßigen Einleitung des Verfahrens als Instruction, und wird entweder in der Form einer dem Protokoll angehängten Resolution oder besonders ausgefertigt g). Hätte die Wittwe hier die nöthige Geschäftsgewandtheit besessen, oder sich eines Rechtsbeistandes bedient, so würde sie das Geschäft dem Richter substantiirt vorgelegt und den Erfordernissen von selbst sofort genügt haben, die der Richter jetzt erst zum Gegenstand einer Anweisung machen muß.

Achtes Kapitel.

Von der äussern Form eines Rechtsgeschäfts überhaupt.

§. 110.

Begriff und Grundsätze.

Was wir unter der äussern Form eines Rechtsgeschäfts im Gegensatze von der innern verstehen, ist oben (§. 77.) schon bemerkt worden. Mit der innern Form, oder was zum Inhalte eines Rechtsgeschäfts, nämlich zu dessen Gegenstand und der Art und Weise, wie sich die Willkühr darüber geäussert hat, gehört, haben wir uns in den drei vorhergehenden Kapiteln beschäftigt. Jetzt soll von der gesetzlichen oder gewillkührten äussern Gestalt, unter welcher ein Rechtsgeschäft als etwas sinnlich Erkennbares sich darstellt, gehandelt werden.

Die äussere Form bezweckt den Beweis der rechtlichen Handlung, bisweilen auch einen höhern Grad von

---

g) Wegen der Fassung dieser Resolution und der darauf folgenden Verhandlung vergl. Form. Lit. I. und K.

Rechtsbeständigkeit. In letzterer Beziehung besonders braucht man die Ausdrücke Formalitäten, Feierlichkeiten, Sollennien (§. 29.). Hieher gehört die gerichtliche Mitwirkung nach ihren verschiedenen Modalitäten (§. 30. 35.). Sie äussert sich, abgesehen von ihrer Richtung auf das Materielle des Geschäfts, besonders durch die Concurrenz bei der schriftlichen Abfassung, deren Betrachtung das folgende Kapitel gewidmet ist. Hier soll von der äussern Form überhaupt gehandelt werden, soweit dieß nach dem bisher schon gelegenheitlich Bemerkten noch nöthig ist. So wie die Vermehrung der Formen zur Sicherung der Rechte dient, indem dadurch den Gerichten die Erkenntniß der Thatsachen, worauf die Anwendung der Gesetze beruht, erleichtert, auch Irrthum und Betrug beseitigt wird; so wird dadurch zugleich die Zuverlässigkeit einer Willenserklärung befördert. Man vermuthet mit Recht, daß der Mensch bei Handlungen, wobei er durch die Umstände über die Sphäre der täglichen Gewohnheit hinaus versetzt wird, auch einen höhern Grad von Besonnenheit und Ueberlegung äussern werde.

Wo die Gesetze die Beobachtung gewisser Formen ausdrücklich zur Gültigkeit eines Geschäfts vorgeschrieben haben, was übrigens nicht vermuthet wird, da folgt aus deren Verabsäumung die Nichtigkeit, jedoch nur in Ansehung der dem Gesetz widerstreitenden, nicht in Ansehung der demselben gemäß erfolgten Handlungen. Die Beobachtung der Form wird nach dem Zeitpunkte, da die Handlung vollzogen worden, beurtheilt. — Wo nicht Particulargesetze etwas Anderes bestimmen, gelten rücksichtlich der Form die Gesetze des Orts, wo das Geschäft zu Stande gekommen h); es wäre denn, daß zur

h) L. 6. D. de evict.

Umgehung strengerer Formen aus Gefährde dasselbe anderwärts vorgenommen worden wäre i). — Formen, die nur schlechthin des Beweises wegen vorgeschrieben sind, können durch andere Beweismittel ersetzt werden, nicht aber solche, wobei das Gesetz den Beweis nur auf eine bestimmte Weise zuläßt, oder überhaupt die Gültigkeit der Handlung von der Beobachtung einer gewissen Form abhängig macht. Förmlichkeiten, welche bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben sind, z. B. die Belehrung einer zum Behufe der Gültigkeit einer Intercession auf die Wohlthat des Vellejanischen Rathschlusses verzichtenden Frauensperson k), können nicht als erlassen angenommen werden, wenn auch im concreten Falle die Absicht des Gesetzes wegfällt, aus welcher sie angeordnet worden sind l). Dieß ist aber nicht auf den Fall auszudehnen, da die Frauensperson etwa durch eigenen Vortrag vor Gericht erklärt, daß sie mit den rechtlichen Folgen einer Intercession, und was ihr die Gesetze dießfalls verstatten, bekannt sey. Denn es ist nicht zu zweifeln, daß es ganz einerlei ist, ob dieselbe belehrt worden, oder deutlich zu erkennen gibt, daß sie einer solchen Belehrung nicht bedürfe m). Nur muß freilich dieser Umstand, wie überhaupt das Ganze, nicht formularmäßig und nach dem leidigen Schlendrian be-

---

Leyser Spec. 73. m. 3.

i) Voet ad Pand. L. 1. Tit. IV. part. 2. §. 13. 14.

k) Stryk in C. C. Sect. I. cap. V. §. 6. et Sect. II. cap. VI. §. 3. 4.

l) Nam ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. — Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. L. 4. 8. D. de legibus.

m) Stengel's Beiträge zur Kenntniß der Justizverfass. in den preuß. Staaten. Bd. XII. S. 279.

handelt werden, und es darf nach Ansicht des abgehaltenen Protokolls kein Zweifel seyn, daß man sich nicht mit der allgemeinen Erklärung: "sie wisse, was eine Bürgschaft bedeute ꝛc." begnügt habe. Sicherer wird es also immer seyn, bei der Regel zu bleiben, zumal da deren Beobachtung im Grunde nicht mehr Zeit kostet, als nöthig ist, um den Ausnahmsfall gegen Anfechtung zu sichern.

Was sonst in Ansehung der Form zu beobachten ist, dafür gibt es keine allgemeine Regel. Sie muß bei jedem Rechtsgeschäfte besonders Gegenstand der Betrachtung werden, und der Richter muß sich um so mehr mit den gesetzlichen Vorschriften deßfalls bekannt machen, da er zunächst für die Beobachtung der Form bei den unter seiner Leitung vollzogenen Rechtsgeschäften zu haften hat. Auch wird das Vertrauen der Interessenten zu seiner Sachkenntniß noch auf eine besondere Weise ein Verpflichtungsgrund zur Aufmerksamkeit für ihn, sofern als seine Concurrenz die Betheiligten veranlaßt, ja gewissermassen berechtigt, sich der eigenen Vorsicht überhoben zu wähnen.

§. 111.

Einiges über die Nothwendigkeit der Formbeobachtung und die richterliche Befugniß deßfalls.

Bei der Materie von der äussern Form können zwei Fragen vorkommen, die hier wenigstens erwähnt werden müssen. Die erste ist: kann der Richter aus Gründen der Billigkeit von der gesetzlich vorgeschriebenen Form etwas nachlassen? — die andere: wird die Beobachtung der Form vermuthet, und wiefern? — Wir übergehen hier deren Erörterung, da sie nicht sowohl hieher, als zur Kritik der Befugnisse des in Streitfällen erkennenden Richters gehören. Im nichtstreitigen Verfahren

muß dafür gesorgt werden, diese Fragen überhaupt entbehrlich zu machen. Dieß geschieht für das Erste dadurch, daß man die gesetzlichen Forderungen genau beobachtet, indem man von der Ueberzeugung ausgeht, daß die Gesetze die statthaften Billigkeitsrücksichten von selbst haben eintreten lassen, und daß der Richter nur Gesetzvollstrecker sey; für das Zweite dadurch, daß man Sorge trägt, damit über die wirkliche Beobachtung der gesetzlichen Vorschrift in der Folge kein erheblicher Zweifel entstehen kann.

Aber es mag nicht überflüssig seyn, den angehenden Rechtsgeschäftsmann hier zu erinnern, daß er es mit der Beobachtung der Form niemals zu leicht nehmen dürfe. Nur unwissende und leichtfertige Practiker accommodiren sich hier gern der Vorstellung der rechtsunkundigen und in Vorurtheilen befangenen Parteien rücksichtlich der Nothwendigkeit oder Entbehrlichkeit gewisser Formen und Feierlichkeiten. Findet man dann noch eine Autorität, wie die eines Leyser's n), wornach der Richter wegen offenbarer (?) Billigkeit ein vernachlässigter Form halber nichtiges Geschäft gleichwohl aufrecht erhalten könne; so wird man leicht versucht, es nicht zu genau zu nehmen, zumal da man es auf diese Weise der Kurzsichtigkeit und Bequemlichkeit der Parteien mehr nach Wunsch (§. 50. Nr. 11.) und das Geschäft selbst sich bequemer machen kann. Dann hat aber auch die Willkühr keine Grenzen mehr, und unerschöpflich ist das Füllhorn der Gunst des billigen Richters. Wenn man doch bedächte, daß ein Nachlassen an den vorgeschriebenen Förmlichkeiten, während es dem unter deren Vernachlässigung Leidenden begünstigt, eine Ungerechtigkeit gegen Den enthält, welcher

---

n) Spec. 3. med. 6.

eben aus der Nichtbeobachtung der, vom Gesetz als Bedingung der Rechtserwerbung sanctionirten Form eine Befreiung erworben hat! Ein nichtiges Testament befreit den gesetzlichen Erben von den Ansprüchen des Testamentserben, so wie ein versäumtes Fatale dem Gegner den Vortheil der Rechtskraft gewährt. Und wenn es hiebei irgend auf Rücksichten einer Billigkeit ankäme, so müßten sie ja dem Einen eben so gut, wie dem Andern zu Theil werden, dem Intestaterben so gut als dem Testamentserben, dem Appellaten wie dem Appellanten, und es würde dann doch zu Gunsten dessen entschieden werden müssen, auf dessen Seite das Recht ist. Uebrigens sind die Förmlichkeiten darum angeordnet, theils daß die Menschen sich überhaupt an ein gewisses streng regelmäßiges und überlegtes Handeln gewöhnen, theils damit den nachtheiligen Folgen der ungleichen Intelligenz der Parteien vorgebeugt werde. Denn in letzterer Beziehung besonders soll dadurch der Betrügerei und Hinterlist eines gewandtern Mitcontrahenten und den Umtrieben eines in den Künsten der Chicane und Verschleppung geübten Gegners ein Damm gesetzt werden. Durch die Form wird also die Rechtsgleichheit reparirt und in ihren Wirkungen unschädlich gemacht. Darum kann es nicht von dem Richter abhängen, bei dem Testament einer Gebärenden, wie wiederum der allzeit billige Leyser o) wähnt, Weiber statt Männern als Zeugen zuzulassen, oder bei mündlichen Testamenten einen blinden Zeugen, gleichsam als ob es hier nur auf das Hören ankäme, nicht auch auf das Sehen des Testators und also auf die Entfernung jedes Zweifels in die Identität mittelst beider Sinne p)! Dieß sind

---

o) Spec. 14. m. 5.

p) Walch in controv. Sect. II. c. 4. m. 3. §. 9.

in der That Beispiele von Hirnbilligkeiten, wobei man vergißt, was das Gesetz und das Wesen der Sache fordert, und diese nur von der einen Seite ansieht. Ein anderes ist es, wenn die Beobachtung einer gewissen Förmlichkeit nur Forderung der Vorsicht ist, z. B. die Zuziehung von Zeugen bei der Belehrung einer auf die Geschlechtswohlthaten verzichtenden Frauensperson, oder wenn die Förmlichkeit etwa von dem Gesetz nur empfohlen, nicht befohlen ist. Denn hier kommt es cavendo schlechthin nur auf die Beurtheilung der Umstände des Falles an, ob die Formalität zu beobachten oder bei Seite zu setzen, und judicando, wiefern das Geschäft, der Nichtanwendung derselben ungeachtet, doch als zu Recht beständig zu erachten sey. Der Richter ist also sowohl bei der Instruction eines Rechtsgeschäfts, als bei dessen Beurtheilung im streitigen Verfahren nach Materie und Form nur ein Werkzeug des gesetzlichen Willens, wenn schon kein todtes, sondern ein selbstthätiges, selbstdenkendes, indem seine juristische Reflexion eben so auf Gesetzen beruht, als der Gegenstand, an dem sie wirksam wird.

Neuntes Kapitel.

Von der Beurkundung oder der schriftlichen Abfassung.

§. 112.

Das Allgemeine.

Wir kommen nun zu einem der wichtigsten Kapitel dieser Schrift, zur schriftlichen Aufbewahrung des Verhandelten oder zur Beurkundung q). Ohne

---

q) Es ist mir nicht unbekannt, daß dem gewöhnlichen Sprach-

dieses Mittel der zuverlässigen Erhaltung des rechtlichen Geschäfts im Gedächtniß und seines Beweises im Falle der Anfechtung auch dann noch, wenn allen Theilnehmern und Zeugen der Mund auf immer verschlossen ist, würde das ganze Gebäude des unter gerichtlicher Mitwirkung nach allen Regeln zu Stande gekommenen Geschäfts in die Luft gebaut seyn oder doch auf einem losen Grunde ruhen.

Die Kraft einer jeden Urkunde geht von der Gewißheit aus,

daß dieselbe innerlich und äusserlich das ist, was sie seyn soll,

beruht also auf dem Vereine folgender drei Eigenschaften:

I. auf der Rechtsbeständigkeit des Inhalts der Urkunde, also, je nach Verschiedenheit ihres Gegenstandes und Zwecks, auf der rechtlichen Verbindlichkeit der beurkundeten Willenserklärung, oder auf der Wahrheit des Zeugnisses;

II. auf ihrer Rechtsförmigkeit oder der Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen;

III. auf ihrer Aechtheit (Authenticität) oder auf der Gewißheit und Integrität ihres Ursprungs.

Diese Eigenschaften werden denn auch bei einer öffentlichen Urkunde vorausgesetzt, wenn sie Beweiskraft

---

gebrauche nach unter Beurkundung die Beweisführung durch Urkunden verstanden wird, daß also das Wort nicht sowohl auf die Herstellung eines Beweismittels durch die Schrift (Protokollirung und Verbriefung), als auf den Gebrauch eines durch die Schrift hergestellten dergleichen Mittels deutet. Indessen ist dem Geschäftsstyl auch die hier gebrauchte Bedeutung nicht fremd, und auf jeden Fall wenigstens bezeichnend.

haben soll, in der letzten Beziehung also, daß sie von der ausfertigenden öffentlichen Behörde herrühre, und in ihrem ursprünglichen Zustande unverändert bestehe.

Es treten aber bei einer öffentlichen Beurkundung ordentlicher Weise zweierlei Schriftprodukte ein

1) das Protokoll,
2) das Instrument.

Unter letzterem versteht man die mit Zugrundlegung des erstern ausgefertigte Urkunde, auch Brief genannt, z. B. Kaufbrief, Schenkungsbrief. Das Protokoll bleibt bei den Akten des Gerichts, das Instrument hat den Zweck, in den Händen der Parteien zu seyn und diesen zur Nachachtung zu dienen. Dieß ist wenigstens der Gang bei gerichtlichen Handlungen und deren schriftlichen Abfassung oder Protokollirung und Verbriefung. Bei der Beurkundung aussergerichtlicher Handlungen ist der Natur der Sache nach das Verfahren einfacher. Ein Kaufs- ein Darlehens-Geschäft, welches die Interessenten unter sich allein vollziehen, wird, wenn des Beweises wegen eine schriftliche Abfassung darüber statt haben soll, entweder sofort in Reinschrift zu Papier gebracht, oder wenn man es genau nehmen will, zuerst ein Concept entworfen, und davon die Urkunde ins Reine geschrieben (mundirt). Daß, beiläufig zu bemerken, die vorläufige Entwerfung eines Concepts auch hier nur bei einigermassen wichtigen, oder aus mehrern Punkten bestehenden Festsetzungen, Verträgen oder sonstigen Geschäften, rathsam ist, darüber wird manchen schon seine eigene Erfahrung belehrt haben. Einen einfachen Wechselbrief, eine Quittung u. dgl. kann jeder im schriftlichen Ausdrucke Geübter wohl ohne Correcturen sofort rein zu Papier bringen, so gut als einen Brief; aber er wird nicht immer einen Kaufvertrag mit allen seinen Haupt- und Nebenabreden fehlerfrei, bün-

dig und so hinschreiben, daß er hinterher am Ausdrucke, an der Wortstellung ꝛc. nichts mehr ändern möchte, gesetzt, daß auch der Gegenstand nur einen Pferdkauf beträfe. Ueberdieß hat es der Schreibende hier nicht mit sich allein, sondern auch mit seinem Mitcontrahenten zu thun, welchem an dem, was jener geschrieben, hier oder da etwas nicht nach seinem Sinne seyn kann. Ungewöhnlich ist es aber, daß in dem bloßen Privatverkehre vorher ein Protokoll aufgenommen wird.

Anders verhält es sich bei Verhandlungen vor Gericht. Hier ist nicht nur, was im Privatverkehre rücksichtlich der vorhergehenden Concipirung einer Urkunde bloß ausnahmsweise Statt findet, und nur rathsam ist, allemal nothwendig, weil das, was für die Parteien geschrieben wird, auch bei den Akten bleiben muß, sondern es muß auch über alles, was gerichtlich verhandelt wird, ein Protokoll aufgenommen werden. Es treten also hier mit dem der Ausfertigung vorhergehenden gerichtlichen Beschluß viererlei Operationen ein: 1) die Aufnahme des Protokolls, 2) der richterliche Beschluß über die Ausfertigung oder über eine noch zu bewirkende Ergänzung ꝛc., 3) die Verfertigung des Concepts der Urkunde, 4) deren Reinschrift und Vollziehung.

§. 113.

Schreibart.

Das erste Erforderniß bei dieser Beurkundung ist eine angemessene Beobachtung der Regeln der Sprache und Schreibart. Ich habe darüber anderwärts r) gehandelt, und ich will in Beziehung auf

---

r) in meiner Schrift: der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentl. u. Privatrechtspraxis. Erlangen 1818. §. 65 sqq.

das dort umständlich s) vorgetragene mich hier nur auf das Wesentliche beschränken.

Zu einem guten Geschäftsstyle gehört 1) Sprachreinigkeit. Der Ausdruck muß von allem Fremdartigen soviel als möglich sich entfernt halten, also von allen Barbarismen und was zu ihrem Geschlechte gehört: Archaismen, Provinzialismen, Latinismen, Gräzismen, Gallizismen, Neologismen. Man vermeide indessen einen zu weit getriebenen Purismus, um nicht Anstoß oder wohl gar Mißverständniß zu erregen. Denn lieber wird man hier dem Verfasser eines gerichtlichen Aufsatzes einige unnöthig gebrauchte, halb und halb eingebürgerte, lateinische ꝛc. Ausdrücke zu gute halten, als eine zu weit getriebene, zur Würde des Gerichtsstyls nicht passende Neuerungs- oder Sprachreinigungs-

---

s) Der Recensent in der allgem. Litt. Zeitung Jahrg. 1818. n. 179. war der Meinung, daß ich mich dort kürzer hätte fassen können, weil die Grundsätze des Styls überhaupt und des Geschäftsstyls insonderheit dem angehenden Geschäftsmann ohnehin nicht fremd seyn dürften. Allerdings sollte es so seyn; allein leider ist das nur ausnahmsweise also, und wenn mein Zeugniß aus langer Erfahrung etwas gilt, so handelt sich's bei manchem unserer angehenden Practiker, der sonst keineswegs leer und untüchtig ist, nicht bloß um die Regeln des Styls, es handelt sich sogar oft um die Regeln des deutschen Syntaxes, ja sogar selbst der Orthographie! Will man das bezweifeln, so darf man nur unsere Akten lesen. Wer daher noch ein Wort über den deutschen Styl schreibt, der hat nichts zu bedauern, als daß er — ein Prediger in der Wüste ist.

Was ich hier vor 10 Jahren schrieb, gilt auch jetzt noch, und wenn für unsere juristische Jugend von uns, und hauptsächlich von ihr selbst, nicht mehr geschieht als bisher, so wird es im Punkte des Styls, so wie manches Andern, nach abermals 10 Jahren auch noch gelten.

sucht. Auch hat sich der gemeine Mann, bei dem wir Richter doch hauptsächlich auf Verständlichkeit Rücksicht zu nehmen haben, gewisse von der Fremde eingedrungene Wörter und Ausdrücke so bekannt gemacht, daß der Gebrauch neuer deutscher dafür oft seinen Zweck verfehlen würde. Er weiß z. B. was es heißt, daß er appelliren könne; ob er auch weiß, was er zu thun habe, wenn man ihm sagt, daß ihm das Rechtsmittel der Berufung offen stehe, ist noch eine Frage. Dagegen wird er wohl den Ausdruck Streitverkündigung so wenig verstehen als Litis-Denunciation, wenn man ihm selbigen nicht erklärt. Provinzialismen sind übrigens hier oft nicht zu vermeiden, besonders was gewisse, nur in einigen Gegenden verständliche Ausdrücke anlangt. Es ist also durchaus nicht zu rathen, Gegenstände der Haus- oder Landwirthschaft oder des Gewerbsbetriebs, wofür einmal in einem Lande oder in einer Gegend gewisse Namen gebräuchlich sind, statt dieser mit vermeintlich hochdeutschen zu bezeichnen. Denn es kommt hier wohl selten darauf an, in ganz Deutschland verstanden zu werden, wohl aber ist Verständlichkeit für diejenigen, die es angeht, das erste Erforderniß einer gerichtlichen Urkunde. Nach Befinden kann man den gutdeutschen Ausdruck in Parenthese beifügen.

Die Sprache muß ferner

2) richtig seyn. Es darf in Form, Biegung und Verbindung der Wörter nichts den angenommenen Sprachregeln: dem Sprachgebrauche, hiernächst der Analogie und endlich der Abstammung zuwider seyn. Ein für den Geschäftsstylisten beinahe vor allen andern wesentliches Erforderniß ist aber

3) Deutlichkeit und Bestimmtheit. Sein Ausdruck darf nichts schwankendes, nichts ungewisses

und dunkles enthalten; dieser muß von jedem, selbst von demjenigen, der auf einer niedrigen Stufe scientiver Bildung steht, mit Leichtigkeit aufgefaßt werden können. Um diese Gabe einer deutlichen schriftlichen Darstellung sich zu eigen zu machen, muß man vor allen sich bestreben, mit seinen Vorstellungen bei sich selbst zur gehörigen Klarheit zu kommen. Wer verworren denkt, wird weder deutlich reden noch schreiben. Ehe man die Feder ansetzt, überdenke man daher den Gegenstand mit allen seinen Verhältnissen sorgfältig, zergliedere denselben in Gedanken, und erleichtere dadurch die Anschauung von allen Seiten, erwäge ferner die etwa möglichen unrichtigen Deutungen und befleißige sich, durch Präcision im Ausdrucke denselben vorzubeugen. Bei dem Dictiren zu Protokoll unter dem Geräusche und Zwischenreden der Parteien hat man natürlich noch mehr Behutsamkeit nöthig. Wenn man es also hier nicht zu einer großen Fertigkeit gebracht hat, oder der Gegenstand aus mehrern Punkten und Festsetzungen besteht, so thut man wohl, wenn man, besonders bei Protokollen, wo das Aendern nachher nicht angeht, erst einen Brouillon entwirft, diesen mit den Interessenten sorgfältig ausfeilt, und dann erst in das Reine schreiben läßt. Die mehrere Mühe und der etwas größere Zeitaufwand wird durch die allseitige Vollständigkeit des Werks reichlich vergütet. Daß der Verfasser eines bündigen Aufsatzes, der ein Gesetz unter den Parteien werden, und als solches in der Folge der Zeit keinen Stoff zu Zweifeln, Mißverständnissen und Irrungen darbieten soll, der Sprache vollkommen Meister seyn müsse, ist klar. Aber er muß mit der Gewandtheit im richtigen, körnigen Ausdruck auch Einfachheit und Faßlichkeit verbinden. Er muß sich bemühen in kurzen, allgemein verständlichen Perioden zu schreiben, wie er darin, nicht in einem schwerfälligen Periodenbaue, denkt und auch zu

sprechen gewohnt seyn wird. Man darf aber auch nicht vergessen, daß es eine absolute und relative Deutlichkeit gibt, die sich nach dem größern oder geringern Grade des Fassungsvermögens und der Bildung des Hörers oder Lesers richtet. Am sichersten geht man, wenn man sich der absoluten Deutlichkeit befleißigt. Was dem Bauer deutlich ist, ist es auch dem Gelehrten, dem Manne von höherer Bildung, aber nicht umgewandt; und daß letzterer daran kein Aergerniß nehmen wird, läßt sich erwarten, wenn ihm anders mehr um die Sache als um die Zierlichkeit des schriftlichen Vortrags zu thun ist.

Endlich ist noch

4) die Kürze oder Präcision des Styls ein Erforderniß das dem Geschäftsmanne zu empfehlen ist. Gewöhnlich verfällt man aus mißverstandenem Bestreben, sich deutlich zu machen, in den Fehler der Weitschweifigkeit, der Tautologien und Ausdrucksüberfüllungen (Pleonasmen). Ich möchte behaupten, daß alle unsere Formularien über Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit damit überfüllt seyen t). Bloße Tautologien und Pleonasmen [wie z. B. schuldig und gehalten seyn, — ein Gut mit allen Rechten nnd Gerech-

t) Man kann sagen, es sind Nachklänge der poetischen, daher auch an Tautologien und Formeln so reichen Rechtssprache unserer Urvorfahren. (Vergl. Grimm's deutsche Rechtsalterthümer S. 14 ff.). Sie suchten den bezeichneten Gegenstand durch mehr Stärke und Lebendigkeit des Ausdrucks zu heben, auch durch Entfernung von der gewöhnlichen Umgangssprache selbigen in einer mehr feierlichen Gestalt darzustellen. Uns scheint nur das Phlegma geblieben, der Geist aber verflogen zu seyn. Mit einem Schwall von Worten sagen wir wenig, und wir sagen es zum Unterschiede von den Mustern der Vorzeit auf eine triviale Weise.

tigkeiten, Nutzungen, Lasten und Beschwerden — ich setze ihn zum Erben ein in mein gesammtes von mir hinterlassen werdendes Vermögen, jetziges und zukünftiges, bewegliches und unbewegliches, ausstehende Forderungen und worin es sonst bestehen mag, überall nichts davon ausgenommen u)]: sind zwar an sich unschädlich, aber doch widerlich für den Leser von besserem Geschmack. Allein es gibt wirklich auch eine Art von Weitschweifigkeit, die der Sache schädlich ist. Jemehr Worte — und wer kann sie immer vorsichtig genug abwägen! — desto mehr Stoff, woran sich die Chicane und Verdrehungssucht hängen kann. So kann gerade das Uebel, das man zu vermeiden sucht, herbeigeführt, und es können Zweifel und Mißverständnisse veranlaßt werden, denen man durch ein, wie man glaubte, recht bündig gefaßtes Instrument vorbeugen wollte.

§. 114.

Fortsetzung; zweckwidrige Kürze.

Aber man hüte sich auch auf der andern Seite vor zweckwidriger, also fehlerhafter Kürze, um nicht gegen die Forderung der Deutlichkeit zu verstoßen. Wer seiner Sache nicht recht gewiß ist, der bedenke wohl, daß man ihm eher etwas Weitschweifigkeit, als Mangel an Vollständigkeit verzeiht. Man ist oft, besonders in gewissen Jahren, sehr geneigt, eine körnige Sprache zu affec-

---

u) Als ob dieser ganze Wust von 26 Worten mehr enthielte als das einfache: in meinen ganzen Nachlaß! Aber man gewöhnt sich leicht an diesen Wortschwall, so daß einem wirklich bisweilen ganz bange wird, wenn man nur eine einfache Redensart dafür brauchen soll.

affectiren, und so manches für Tautologie oder Pleonasmus zu halten, was recht mit Bedacht nicht so ausgedrückt ist, wie es der Neulehrer für recht hält. So könnte es leicht zu Mißverständnissen Anlaß geben, wenn man ein Landgut zur Zeit der Aernte kaufte und schlechthin nur von allen Früchten spräche, ohne nähere Bezeichnung nach den verschiedenen Zueignungsarten, wornach sie entweder pendentes oder percepti, und letztere wieder separati (abgesonderte, d. h. gepflückte, geschnittene, abgemähete) oder percepti im engern Sinne (eingeheimste) sind v). Sollen also alle Früchte ohne Ausnahme, die das laufende Jahr hervorgebracht, verstanden werden, so muß dieß bestimmt ausgedrückt werden. — Eben so gehört eine große Gewandtheit in der Sprache dazu, um nicht hin und wieder versucht zu werden, Ausdrücke für gleichbedeutend zu halten, welche nur sinnverwandt sind w); noch mehr aber, jedem derselben nach seinem eigenthümlichen Sinne durch genaue Zergliederung der Begriffe sich deutlich vorzustellen und seine Bedeutung im Gedächtnisse zu behalten.

Unnöthige Weitschweifigkeit kann auch aus Mangel an Kenntniß gesetzlicher Bestimmungen entstehen. Die Absicht der Verabredungen bei einem Rechtsgeschäfte

---

v) L. 25. §. 1. D. de usuris. L. 48. pr. D. de adquir. rer. dom.

w) Ich empfehle hier dem Geschäftsmanne:

J. A. Eberhard's und J. G. E. Maaß Versuch einer allg. deutschen Synonymik in einem kritisch-philos. Wörterbuche der sinnverwandten Wörter der hochdeutschen Mundart. 3. Ausg. fortges. und herausgegeben von J. G. Gruber; 1—6. Bd. Halle 1826—1830.

J. A. Eberhard's synon. Handwörterbuch der deutschen Sprache ꝛc. 6. Aufl. Berlin 1831. 8.

geht dahin, was gesetzlich nicht bestimmt ist, zum Gesetz unter den Betheiligten zu machen (§. 28.). Es hat also keinen vernünftigen Zweck, das was ohnehin Rechtens ist, zum Gegenstand einer gewillkührten Festsetzung machen zu wollen. Daß der Pächter eines Landguts, der Miether eines Hauses mit Feuer und Licht vorsichtig umgehe, dazu braucht man ihn nicht erst durch Vertrag zu verpflichten; eben so wenig, daß er die erpachtete oder gemiethete Sache nach beendigter Pacht- und Miethzeit in dem Stande, wie er sie erhalten, zurückzugeben habe. Daß dem Pächter der nothwendige und nützliche Aufwand von dem Verpächter ersetzt werden müsse, ist ohnehin gesetzlich. Aber ob dem erstern sein nützlicher Aufwand nach den dafür gemachten Auslagen, oder nur in soweit, als die Sache bei der Rückgewähr wirklich mehr werth ist, vergütet werden solle x), das ist allerdings Gegenstand der Meldung im Pachtcontracte. Man hüte sich jedoch hiebei, wenn ersteres die Absicht der Vertragschließenden ist, schlechthin zu sagen: jeden Aufwand, jede Auslagen, um nicht über die impensas voluptuarias in Streit zu kommen. — Ich verweise hier zugleich auf das oben §. 101 fg. von nützlichen und überflüssigen Clauseln Gesagte. Uebrigens mag für den Zweck der Erinnerung und Belehrung bei Rechtsunkundigen gleichwohl manches, was sonst des Erwähnens nicht bedürfte, im urkundlichen Ausdrucke nicht überflüssig seyn.

§. 115.

Fortsetzung; Einfachheit.

Dem Practiker ist bei der Stylart, von welcher es sich hier handelt, welche einfach und kunstlos erzählend und anordnend ist, manches erlassen, was der

x) Höpfner's Commentar §. 894.

Schreibende sonst zu beobachten hat, der nicht an den Verstand allein, sondern auch an das Gefühl sich richtet, also namentlich die Forderung des Wohlklangs. Der Stylist muß daher vornämlich dahin streben, seinem Product in Ansehung der vorhin bemerkten Forderungen diejenige Vollendung zu geben, die man billig erwarten kann, da sie nichts weniger als unerreichbar ist. Allgemeine Verständlichkeit und höchste Einfachheit ist das erste Gesetz und gleichsam die Seele der Geschäftssprache, wie wir sie hier bezwecken, nämlich für den Verkehr im bürgerlichen Leben. Eine zu lebhafte, bilder- und blumenreiche Darstellung würde schon die Verständlichkeit hindern, noch weniger aber zu dem behandelten Gegenstande passen, der mit der kalten trocknen Wirklichkeit, nichts mit der Phantasie zu thun hat, und wo es nicht darauf ankommt, ob man gefällt, sondern ob man verstanden wird. — Uebrigens muß man sich unter dem Geschäftsstyl und der Sprache des practischen Rechtsgelehrten nicht etwas von der gewöhnlichen Art des Gedankenausdrucks Abweichendes vorstellen. Die Sprache des Juristen ist keine andere als die jedes Gebildeten. Das Eigenthümliche liegt nur im Material, nicht in der Form. Wer aber ersteres sich zu eigen gemacht hat, dem wird auch die Form nicht fehlen, hat er anders durch philosophisches Studium seine Gedanken gehörig zu ordnen sich gewöhnt, und nebenher durch das Lesen der Classiker der alten und neuen Zeit seinen Geschmack gebildet. Aber seinen Stoff muß er kennen, wie wir am Ende des vorhergehenden Paragraphen bemerkt haben, und darnach sich gesetzmäßig und technisch richtig ausdrücken.

§. 116.

Innerliche Erfordernisse der Beurkundung; I. Treue.

Wir haben bisher mehr die äussern oder formellen

Erfordernisse der schriftlichen Verabfassung zum Gegenstande der Betrachtung genommen. Es macht aber diese Art der richterlichen Thätigkeit noch auf zwei Eigenschaften Anspruch, die mehr das Wesen der Sache selbst angehen, und diese sind

die Treue und Vollständigkeit.

Die nähere Betrachtung dieser Eigenschaften soll zugleich als Einleitung zu der hiernächst (§. 118.) folgenden Lehre von dem Protokolle dienen.

I. Die Treue der gerichtlichen Beurkundung, oder die Eigenschaft, wornach die schriftliche Abfassung über das, was verhandelt worden, durchaus der Wahrheit gemäß ist (fides), ist das erste und Haupterforderniß der ganzen Geschäftspflege, das erste Gesetz, dessen unverbrüchliche Festhaltung dem Richter heilig seyn muß. Nur so, nach Worten und Absicht nur so, wie es von nnd mit den Parteien verhandelt worden, darf das Verhandelte die Aufbewahrung durch das Mittel der Schrift erhalten. Dieß scheint sich nun zwar von selbst zu verstehen; aber nicht alles was sich von selbst verstehen sollte, wird auch überall verstanden. In der That haben wir es hier mit einer Wahrheit zu thun, gegen welche leider häufiger gesündigt wird, als es besonders der Anfänger in der Praxis ahnden möchte. Ihm will ich daher ganz vornämlich diese Betrachtung empfohlen haben.

Zwar wird mancher denken, wozu denn einer so ängstlichen Sorge? Erfolgt denn nicht die Verhandlung in der Interessenten Gegenwart? — nicht unter deren Mitvollziehung? Darauf antworte ich: die Gegenwart der Parteien, vor welchen der Vorgang zu Protokoll genommen und dann unterschriftlich anerkannt wird, gibt noch keine unbedingt zuverlässige Bürgschaft, man müßte denn nur solche Parteien sich denken, die

schon eine gewisse Gewandtheit in den Geschäften und Uebung in der Sprache, also Kenntniß des Ausdrucks und der Wendungen der schriftlichen Rede haben, deren Zahl jedoch besonders bei den Untergerichten immer die bei weiten kleinste ist. Sie gibt keine Bürgschaft jene Gegenwart, sage ich, gegen einen gewissenlosen Richter, — doch von diesem rede ich hier nicht einmal, — gegen einen ungeschickten, sorglosen, trägen, zerstreuten, oder wenn alles dieses nicht wäre, wenigstens gegen denjenigen Richter, der im Drange überhäufter Geschäfte sich dem Gegenstande nicht mit der erforderlichen Ruhe widmen kann. — Die Sache ist wichtig; der Regellosigkeit und Willkühr, sie sey mehr oder weniger verschuldet, ist ein weites Feld geöffnet. Zwar die Regierungen können manches verhüten, wenn sie bei der Prüfung und Wahl der Staatsbeamten überhaupt, und hier der Gerichtsbeamten insonderheit, nicht auf Geschäftskenntniß allein, sondern auch, und zwar hauptsächlich, auf Geschäfts-Moralität sehen; sie können dadurch manchem vorbeugen, aber bei weitem nicht allem. Mit der besten Meinung von seinen Kenntnissen nicht bloß, auch von seinen Geschäftstugenden und von seinem sittlichen Werthe überhaupt, kann man dem Beamten das Amt anvertraut haben; und dennoch können späterhin ungünstige Umstände auf seinen Character nachtheilig einwirken. Die Beispiele sind wohl so gar selten nicht.

Es ist oben (§. 50. n. 14.) von zwei gefährlichen Krankheiten des Geschäftsmannes gesprochen worden: dem Schlendrian und dem Geschäftsüberdruß. Das Gewissen des Richters wurde als das wirksamste Verwahrungsmittel angegeben, und es soll hier dem Anfänger gezeigt werden, wie sehr es seines redlichen Willens und seiner gewissenhaften Anstrengung bedarf,

um nicht in die Lage zu kommen, auf die Beobachtung von Formen sich berufen zu müssen, während sein Selbstbewußtseyn ihm vielleicht eine Vernachlässigung vorhält. Ich fordere nämlich von dem Richter, daß er als gewissenhafter Mann nicht hinter die allgemeine Vermuthung der fides protocolli sich stecke, sondern daß ihm auch seine Ueberzeugung sagen müsse, es sey wahr, was darin steht. Und zu dieser, gegen manche bittere Vorwürfe von innen und von außen ihn schützenden, Ueberzeugung wird er gelangen, wenn er folgenden zwei Bedingungen genügt:

1) wenn er, was verhandelt und von den Parteien erklärt worden, treulich niederschreiben läßt;

2) wenn er sich versichert halten kann, daß die Parteien vor der Unterschrift den Sinn des Niedergeschriebenen richtig aufgefaßt haben.

Hier ist also überhaupt nicht von dem Falle die Rede, wo der Richter bei der Informations-Einziehung oberflächlich verfährt, also die Parteien nicht versteht. Davon ist unter andern oben §. 94 fg. gehandelt worden. Hier haben wir es nur mit dem Niederschreiben zu thun.

Wenn man schon eine Zeit lang die Parteien aus den niedern Ständen in ihrem Benehmen vor Gericht beobachtet hat, so wird man die Erfahrung gemacht haben, daß bei einem etwas länger dauernden Geschäfte, besonders während des Schreibens, bald lange Weile sie anwandelt. Es ist bisweilen (natürlich mit Ausnahmen) gerade, als ob sie das soviel nicht mehr anginge, und so theilnehmend und rege sie sich während der Unterredung und den etwa mit vorkommenden Debatten bezeigt haben, so sehr scheint ihr Interesse abzunehmen, wenn es einmal unter ihnen zur Richtigkeit

gekommen ist. Ich darf kaum noch einmal erinnern, daß ich auch hier hauptsächlich nur von jener Classe von Menschen rede, die ich überhaupt bei dem größten Theile dieser Schrift vor Augen habe: von den Rechtsunerfahrnen aus den untersten Ständen im Staate. Ist es, daß sie sich während des oft freilich heftigen Wortwechsels so abgemattet haben, daß nun eine Art von Erschöpfung eintritt und daß sie der Ruhe bedürfen, oder glauben sie, das Hauptwerk sey geschehen, oder kommt es auf Rechnung einer gewissen ihnen natürlichen Unbefangenheit und Sorglosigkeit; — genug die Erscheinung ist nicht zu bezweifeln. Wenn das, was dem Protocollführer in die Feder dictirt wird y), auch nur beiläufig so klingt, wie das, was mündlich ausgemacht worden, so ist der ehrliche Bauer, zumal wenn er noch nicht öfter dabei gewesen, oder noch nicht durch Schaden gewitzigt worden, schon zufrieden. Und wenn gar noch der verwickelte Periodenbau des beliebten Kanzleistyls angewandt wird, aus dem sich oft selbst der Verfasser kaum herauszuwirren weiß, wie soll der gemeine, an schlichte Mittheilung der Gedanken gewöhnte Mann, der verworrenen Rede richtigen Sinn auffassen? Manchem wird auch wohl, wenn er ein Wort darein zu reden wagt, von dem Herrn Amtmann —

---

y) Da wo dieser das Protokoll für sich aufsetzt, fällt ohnehin jede Controle während des Niederschreibens weg, und die oft so leicht zu unterbrechende Aufmerksamkeit bei dem Vorlesen des Geschriebenen ist die einzige Gewährschaft gegen das aliud actum aliud scriptum. Schon um deßwillen empfiehlt sich die Maxime, das Protokoll dem Actuar durch den Richter in Gegenwart der Parteien laut in die Feder zu dictiren, wodurch das Ganze Satz für Satz, Gedanken für Gedanken gleichsam die Revüe passirt. Wir werden darauf hernach bei der Lehre vom Protokolle zurückkommen.

um mich eines dem Benehmen selbst entsprechenden derben Ausdrucks zu bedienen — kurzweg über das Maul gefahren. Der Mann will infallibel seyn, am wenigsten will er an seinem Protokoll etwas ändern. Wenn also der langwierige Servitutstreit zwischen Hinz und Matz heute endlich durch Vergleich beigelegt wird, indem

> jener diesem die Fuhre durch seinen Acker zugesteht, jedoch sich ausbedingt, daß Matz den dadurch verursachten Schaden an Früchten erstatte;

und wenn dieser Vergleich nun so zu Protokoll genommen wird:

> der Hinz gesteht dem Matz die Fuhre durch seinen Acker zu, jedoch nur in sofern als ihm dadurch kein Schade an seinen Früchten zugefügt werde, und gegen Ersatz des etwa verursachten;

so gehört freilich nicht sehr viel Sprachgewandtheit dazu, um einzusehen, daß hier etwas ganz anderes niedergeschrieben wurde, als ausgemacht worden war, und daß der Bauer Matz nicht sicher ist, übermorgen schon wieder in Streit mit seinem Nachbar zu kommen. Aber es ist wenigstens mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß die Interessenten das Protokoll sorglos unterschreiben. Auch ist ohnehin bei einer dergleichen schielenden Darstellung nur ein Theil gewöhnlich durch sein Interesse veranlaßt, auf den Fehler aufmerksam zu machen. — Ein anderes Beispiel: In der Schuldklagsache Cajus wider Mevius wird folgender Vergleich protokollirt:

> Mevius erkennt die Schuld der 500 fl. für richtig an, und verspricht dieselbe mit dem Erlös aus seinem Hopfen, den er an Weihnachten d. J. zu verkaufen gedenkt, sammt Zinsen zu 5 Prozent zu bezahlen.

Allein der Schuldner hatte nur um Nachsicht bis Weihnachten gebeten, weil er alsdann erst durch den Verkauf des Hopfens die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers erhalte, und dieser hatte ihm die Nachsicht bis dahin zugestanden. Wie ganz anders erscheint aber das Rechtsverhältniß beider nach dem Inhalte des Protokolls. Denn wenn es nun dem Mevius nicht beliebt, zur bemerkten Zeit seinen Vorrath zu verkaufen, also auch nicht zu zahlen, so wird der gutmüthige Cajus wenigstens sich nicht einfallen lassen dürfen, auf diesen Vergleich executivisch zu klagen. Und diese Handlungen haben fidem judicialem für sich! — Wer muß hiebei nicht denken: ist das der Glaube eines gerichtlichen Protokolls, so macht er wenigstens nicht alle Theile selig!

Ich traue hier dem Richter, der diese Handlungen hat protokolliren lassen, eben keine vorsätzliche Pflichtverletzung durch eine absichtlich verfängliche Fassung zu z). Wenn man erst in dem Heiligthume der

---

z) Ich sehe es kommen, daß man über die oben gegebenen Beispiele beinahe so urtheilen wird, wie anderwärts (s. Note s. zu Seite 316.) über meinen schwachen Glauben an die Bildung der Mehrzahl unserer Geschäftsmänner in ihrer Muttersprache. Man wird eine Oscitanz dieser Art nicht für möglich halten, ohne bösen Willen. Allein wer nur halb so lange wie der Verfasser mit Individuen von allerlei Qualification gearbeitet hat, ist längst darüber hinaus, hiebei etwas arges zu denken; er hat es erfahren, daß Bavius mit offenen Augen und mit dem redlichsten Willen Sottisen zu Schulden bringt, die man Homern in der Schlaftrunkenheit für Bosheit auslegen müßte. Man hebe nur seine Augen auf und sehe, wie es bei so vielen Gerichten vom Folio- bis zum Sedez-Format hergeht! Wahrlich es wäre oft besser, alles dem schlichten Verstande des Bauers

Themis vor dem bösen Willen nicht sicher wäre, so müßte man Treu und Glauben nur ohne weiters gleich den Abschied geben. Denn welches Uebergewicht gäbe dem gewissenlosen Manne seine Gewandtheit in der Sprache, seine Kenntniß der Schlupfwinkel im Rechtsgebiete, seine Weihe in Barthel Cäpolla's Mysterien — gegenüber der Unerfahrenheit, der Arglosigkeit und dem unbefangenen Vertrauen so vieler Parteien! Aber wenn ich auch über diese Besorgniß hinwegsehen, den Richter für einen ehrenhaften Mann annehmen will, soll ich denn mit der Ehrlichkeit des Mannes als einzigem Gewährsmanne der Glaubwürdigkeit fürlieb nehmen? Und was ist denn überhaupt im Wesentlichen gebessert, wenn wir es nur mit Irrthum aus Fahrlässigkeit und Uebereilung, nicht mit Betrug zu thun haben? — Aerger als man in den gegebenen Beispielen das Vertrauen der Betheiligten getäuscht, schlechter als man es hier vor Gericht gemacht hat, hätte es doch wahrlich jener Schulmeister (s. Seite 258.) nicht machen können! — Sey der Richter also auch ein ehrlicher Mann, sey das Protokoll formal richtig gefaßt, und von den Betheiligten unterschriftlich anerkannt, immer bleibt an dessen materialer Glaubwürdigkeit, wenn gleich leider nur in foro conscientiae, viel auszustellen übrig, wenn die hier vorgetragenen Grundsätze nicht beobachtet werden, wenn der Richter mit aller seiner Ehrlichkeit leichtfertig und gewissenlos genug ist, dergleichen Protokollirungen etwa einem ungeübten Schreiber zu überlassen, ohne etwas weiter dabei zu thun, als allenfalls mit getheilter Aufmerksamkeit das Vorlesen anzuhören und dann zum Schlusse seinen Namen darun-

---

allein zu überlassen, und ihm nur zu rathen, sich gehörig zusammenzunehmen, als ihn den Händen solcher blinden Leiter zu übergeben!

ter zu setzen? — Um also der gerichtlich schriftlichen Abfassung den Character der Treue zu verbürgen, genügt es nicht, daß Richter und Actuar keine Schelme sind, es genügt nicht, daß die Betheiligten, vielleicht unbefangen und sorglos, das Protokoll unterschrieben haben; man muß auch versichert seyn dürfen, daß diese deutlich wußten, was sie unterschrieben, und zu dieser Versicherung führt nicht bloß der negativ, sondern vornämlich der positiv gute Wille des Richters.

§. 117.

II. Vollständigkeit.

Ein weiteres Erforderniß nächst der Treue ist die Vollständigkeit. Es muß sich der Richter nicht nur vor jeder Auslassung in den von den Parteien gemachten Festsetzungen sorgfältig hüten, und in dem Grade mehr, als er es mit geschäftsunerfahrnen Leuten zu thun hat, also sich nicht auf deren Controle verlassen kann, sondern er muß auch mit Sachkenntniß und Umsicht dafür Sorge tragen, daß die Parteien selbst nichts zur Sache Gehöriges übergehen. Er kann leicht alles niederschreiben, was die aussergerichtliche Punctation enthält, alles was ihm die Parteien mündlich vorsagen, und das Ganze kann doch unvollständig seyn. — Es ist seine Sache, sie auf das Mangelhafte aufmerksam zu machen, und dadurch halben Verabredungen vorzubeugen, wodurch oft in der Folge mehr Irrungen und Zweifel entstehen, als wenn über gewisse Punkte gar nichts verabredet, sondern alles dem gesetzlichen Ausspruch überlassen worden wäre. Hier kann leicht der Eintritt gewisser Ereignisse zum Gegenstand einer willkührlichen Bestimmung gemacht werden, während für andere mit diesen Ereignissen, wenn schon nur wahrscheinlich eintreffende Erfolge nichts bestimmt ist, wo-

durch dann in der Folge die Rechtslage zweifelhafter, die Entscheidung rücksichtlich der eigentlichen Absicht der Contrahenten schwieriger gemacht wird, als wenn gar nichts festgesetzt worden wäre. Die provisio legis ist gleichsam durch die provisio hominis gelähmt. Wir wollen dieß durch ein Beispiel deutlicher machen. Ein Mann, welcher 3 Kinder aus voriger Ehe hat: einen Sohn von 8 und zwei Töchter von 5 und 2 Jahren, heirathet eine ledige Frauensperson, und es wird in dem Ehe- und Erbvertrag unter andern festgesetzt:

> "Wenn der Mann vor der Frau mit Tod abgeht, so soll diese mit den Kindern voriger Ehe die Wirthschaft für gemeinschaftliche Rechnung fortsetzen, bis das jüngste Kind 21 Jahre alt ist. Alsdann soll dem Sohne die Besitzung für 6000 fl., als so hoch sie der Vater desselben von seinem Vater übernommen, verkäuflich abgetreten werden, die Stiefmutter vom Gute abtreten und mit dem ihr stipulirten Altentheil und der Wohnung in dem dafür bestimmten Lokale versorgt werden."

Hierbei ist aber nichts verabredet, wie es gehalten werden soll, wenn mit der Stifmutter noch Kinder erzeugt werden; ob nämlich auch diese, wenn sie bei ihres Vaters Tode noch in zartem Alter stehen, mit ihrer Mutter das väterliche Haus räumen sollen; — wie dann, wenn die Wittwe wieder heirathet; — wie dann, wenn jener erstgeborne Sohn stirbt; — oder wenn er um diesen Preis das Gut nicht annehmen will. Hätte der Instruent des Geschäfts diese nicht bloß möglichen, sondern sogar wahrscheinlichen, ihm überdieß so nahe liegenden Ereignisse den Contrahenten vorgehalten, gewiß sie hätten dießfalls Vorsehung getroffen, und dadurch manchen Zweifeln und Weitläufigkeiten für die Zukunft vorgebeugt. Freilich — etwas länger braucht man als-

dann zu dem Geschäft; weit eher kommt man zum Ende, wenn man kurz und gut bei dem punctirten Uebereinkommen bleibt!

Von dem Protokolle.

§. 118.

Begriff.

Ueber alles, was vor einer Gerichtsbehörde mündlich verhandelt wird, muß eine schriftliche Aufzeichnung erfolgen, um eine glaubhafte Nachricht davon bei den Akten zu erhalten. Dieß geschieht vermittelst des Protokolls.

Ein Protokoll ist überhaupt die nach einer bestimmten Form abgefaßte schriftliche Erzählung einer Handlung, welche sogleich bei deren Vorgang aus eigener sinnlicher Wahrnehmung verfaßt worden ist, und den Zweck hat, von dieser Handlung eine glaubwürdige Nachricht zu erhalten. Wird das Protokoll unter gerichtlicher Autorität durch eine auf dessen Führung vereidete Gerichtsperson (Actuar, Gerichtsschreiber, Protokollist) verfaßt, so heißt es ein gerichtliches Protokoll und von diesem wird hier gehandelt.

Das Protokoll ist dasjenige geschäftsstylistische Product, welches am häufigsten vorkommt. Es ist besonders im ganzen nicht streitigen Prozesse das Hauptorgan, wodurch sich die zwischen den Parteien unter sich und zwischen ihnen und dem Richter Statt findende Wechselwirkung äussert. Es macht daher hier mit Recht auf eine nähere Betrachtung seiner Form, seines Wesens und seiner rechtlichen Erfordernisse Anspruch.

§. 119.

Folgerungen aus dem Begriffe.

Das Protokoll ist

1) eine nach einer bestimmten Form abgefaßte schriftliche Erzählung. Es unterscheidet sich dadurch von einem Bericht, einem Attestat, einer Species facti etc. womit es in Ansehung der übrigen Merkmale übereinstimmt, wenigstens übereinstimmen kann. Denn auch diese stylistischen Producte können gleich bei der dadurch beurkundeten Handlung und aus eigener Wahrnehmung verfaßt werden, und auf den nämlichen Zweck gerichtet seyn, wie das Protokoll. Nur die eigenthümliche Form drückt das charakteristische Unterscheidungszeichen aus.

2) Es muß sogleich bei dem Vorgange der Handlung, aus eigener Wahrnehmung mit dem äussern Sinn, aufgenommen werden. Es fordert also die Anwesenheit der handelnden und der beglaubigenden Personen. Demnach wäre es dem Begriff eines Protokolls zuwider, wenn über das gestern vorgenommene Zeugenverhör erst heute das Protokoll aufgenommen, oder die von einer Partei abgegebene Erklärung nicht sofort niedergeschrieben werden wollte, oder wenn der Richter dem bei dem Augenschein, der Taxation ꝛc. nicht gegenwärtig gewesenen Actuar das Protokoll über den Befund desselben hinterher in die Feder dictirte.

3) Das Protokoll soll dazu dienen, eine glaubwürdige Nachricht der Handlung zu erhalten. Darum sollen alle als handelnd erscheinende Personen dessen Richtigkeit durch ihre Unterschrift bekräftigen.

4) Das Wesen eines gerichtlichen Protokolls beruht in der Aufnahme von einer auf dessen Führung ver-

eideten Gerichtsperson. Sollte dasselbe daher von einer unvereideten Person aufgenommen worden seyn, so würde es wenigstens so lange für nichtig gehalten werden müssen, als die Beeidigung nicht mit rückwirkender Kraft nachgeholt ist. Auch die Unterschrift der Parteien würde den Mangel eines gerichtlichen Protokolls nicht heben, sondern dieses dadurch nur die Eigenschaft einer Privat-Scriptur erhalten.

Dieß vorausgeschickt betrachten wir nun das Protokoll, welches die Erzählung einer Handlung zum Gegenstande hat,

I. in materieller,

II. in formeller Hinsicht.

In materieller Hinsicht betrachten wir den Gegenstand des Protokolls, oder die erzählte Handlung,

1) subjectiv (das handelnde Subject),

2) objectiv (den Umfang des Protokolls).

§. 120.

I. Materie des Protokolls, und zwar 1) in subjectiver Hinsicht.

Das Protokoll ist die Erzählung einer Handlung, und zwar

a) einer Handlung des Gerichts selbst; z. B. eines Augenscheins, einer Besichtigung zur Constatirung einer Thatsache oder Begebenheit, oder auch sonst eines Geschäfts, wobei nur das Gericht thätig erscheint, wie bei der Eröffnung eines Urtheils ꝛc. Daher die Benennungen: Augenscheins-, Besichtigungs-, Publications- ꝛc. Protokolle.

b) einer Handlung einer Partei, sofern sie sich durch das Mittel der mündlichen Rede äussert. Hier ist

das Gericht in der Regel nicht weiter thätig, als daß es das Vorbringen dieser Partei anhört und niederschreiben läßt. Hieher gehört also jeder Vortrag, jede Erklärung einer Partei, die diese eben sowohl auch schriftlich einreichen könnte z. B. eine Klage, ein Gesuch, eine Anzeige ꝛc. Ferner gehören zu den beurkundeten Handlungen dieser Art solche Erklärungen und Verschreibungen, die nicht nothwendig einer gerichtlichen Concurrenz bedürfen, sondern in der Regel schlechthin nach dem Vorbringen der Parteien protokollirt werden, z. B. eine Quittung, Vollmacht, Darlehnsverschreibung ꝛc. Endlich kann aber auch

c) das Protokoll gemischter Art seyn; es können richterliche und Parteihandlungen zugleich dessen Gegenstand ausmachen. Von dieser Art sind die meisten Protokolle. So kann bei der Einnehmung eines Augenscheins die Vernehmung der Parteien, die Abhör von Sachverständigen und Zeugen vorkommen. Bei Schätzungen sind nicht bloß die Schätzmänner in Thätigkeit, sondern auch der Richter durch Beschreibung des zu taxirenden Objects in dem Protokoll nach eigener sinnlicher Wahrnehmung, so wie durch Belehrung der Schätzleute und Vereidung derselben. Bei Zeugenverhör-Protokollen ist es der Richter, welcher fragend, der Zeuge welcher antwortend thätig ist. Bei fast allen Untersuchungs-Verhandlungen, insonderheit aber bei der Vernehmung der Angeschuldigten, bei Instructionsprotokollen in bürgerlichen Prozeßsachen, wenn sie nicht aus bloßen s. g. Oral-Recessen, oder Sätzen "vom Mund aus in die Feder" bestehen, bei allen zur richterlichen Mitwirkung geeigneten Verträgen u. dgl. — handelt weder der Richter noch die Partei, der Inquisit, der Zeuge ꝛc. allein, sondern alle sind in Thätigkeit, und das Protokoll drückt diese gemeinschaftliche Thätigkeit aus.

§. 121.

§. 121.

2) in objectiver Hinsicht, oder Umfang des Protokolls.

In Beziehung auf den Gegenstand der erzählten Handlung können in dem Protokoll entweder mehrere subjectiv und objectiv verschiedene Gegenstände behandelt werden, oder nur ein Rechtsgeschäft, oder wenn auch mehrere, doch zwischen denselben Betheiligten. Daher die Eintheilung in General- und Specialprotokolle. Indessen gibt es in dem Sinne, wie wir hier das Protokoll nehmen, nur Specialprotokolle, und die Generalprotokolle passen eigentlich nicht in den Begriff vom Protokoll. Man versteht nämlich unter einem General-Protokoll kurzgefaßte Vermerke von allen bei Gericht einkommenden Sachen und den darauf erfolgten Beschlüssen, die ohne Unterschied des Gegenstandes und der Betheiligten in chronologischer Ordnung geführt werden, — Register über die einkommenden Sachen und die Resolutionen darauf. Man nennt sie auch Geschäftsprotokolle, Ein- und Auslaufs-Journale, Tagezettel und Expeditionsbücher, protocolla rerum exhibitarum et resolutarum. Hieher rechnet man auch diejenigen allgemeinen Protokolle, welche bei versammeltem Gericht über die Vorgänge in demselben (an Raths- oder Sessionstagen) von den Secretarien a) abgehalten werden, oder die Sitzungs-Protokolle. Auch diese sind nur kurze, summarische Aufzeichnungen, und keine förmliche Protokolle.

Generalprotokolle werden indessen auch solche Specialprotokolle über eine gewisse Classe von Gegenstän-

---

a) Bei dem ehemaligen Reichskammergericht hießen dessen Sekretarien wegen dieser Art von Notariats-Function, die ihnen in Beziehung auf die Beglaubigung der Collegial-Verhandlungen oblag, Protonotarien.

den genannt, die ohne Rücksicht auf subjective und objective Verschiedenheit der Geschäfte in einem Band oder Heft in ununterbrochener Folge fortgeführt werden. In dieser Bedeutung gehört das Generalprotokoll der gegenwärtigen Betrachtung an, und es gilt von ihm alles, was vom Specialprotokolle zu sagen ist, von dem es sich nur in Ansehung der Art der Sammlung und Aufbewahrung unterscheidet. Als die Geschäfte bei den Gerichten noch einfacher behandelt wurden, als überhaupt noch nicht soviel geschrieben wurde, waren diese Protokolle häufiger als jetzt. Dieses Generalprotokoll, auch Gerichtshandelsbuch (S. 51.) genannt, enthielt also alle mündlich verhandelte Prozesse nach der Zeitfolge (Klag-Protokoll), oder auch alle Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit einer gewissen Art, daher: Kaufprotokoll, Hypothekprotokoll ꝛc. — lediglich nach chronologischer Ordnung und sonst ohne Unterschied der Parteien und Vertrags-Objecte hinter einander fortgeschrieben. Jetzt hat man dafür gewöhnlich Special-Akten, die nur das zwischen bestimmten Parteien über ein specielles Geschäft Verhandelte enthalten, so wie in streitigen Angelegenheiten nur einem und demselben Prozesse gewidmet sind. In diese Akten werden alle einzelne Stücke: Exhibita mit ihren Beilagen, Protokolle, Dekrete ꝛc. nach der Zeitfolge eingeheftet b), numerirt (den Stücken nach bezeichnet, — was man von dem Zeichen □, in welches die Nummer geschrieben wird, auch quadranguliren heißt —), paginirt oder foliirt (den Seiten oder Blättern nach bezeich-

b) Geheftet sollten wenigstens überall die Acten werden, um das Verschieben oder gar Verlieren einzelner Piecen zu verhüten. Werden sie zu voluminös, und für die Manipulation mit denselben also unbequemer, so kann man sie ja in mehrere Bände vertheilen.

net). Jedes dergleichen Aktenstück c) wird besonders überschrieben, z. B.

Akten des Landgerichts Erlangen, die Regulirung des Nachlasses des N. zu N. betr.

und mit einem voranstehenden Verzeichniß der darin enthaltenen einzelnen Stücke (rotulus, Renner, series actorum genannt) versehen.

§. 122.

Fortsetzung; die s. g. Registraturen.

Eine eigene Art, so zu reden minder zierlicher, Protokolle sind die sogenannten Registraturen. Man versteht darunter die nach Art eines Protokolls gemachten schriftlichen Aufzeichnungen, die bloß "nachrichtlich" von Amtswegen aufgenommen und zu den Akten gelegt werden. Es finden dabei nicht alle bei Protokollen vorgeschriebene Förmlichkeiten Statt; namentlich bedarf es nicht der Unterschrift der Parteien, da eigentlich hier nur das Gericht handelt, auch der Partei kein Präjudiz daraus erwachsen kann. Hieher gehört also z. B. eine Registratur über die Ertheilung einer von einer Partei erbetenen Abschrift oder sonstige Vermerke, die nur auf den Geschäftsgang Bezug haben; auch Insinuations-Anzeigen und ähnliche Meldungen des Gerichtsboten. Doch ist es hier in der Ordnung, den Boten die Registratur unterschriftlich anerkennen zu lassen, und überhaupt rathsam, so bald eine Partei handelnd auftritt, wenn sie auch nur eine Abschrift sich erbittet, oder eine Erinnerung, Sollicitation ꝛc. vorbringt, sie diese Registratur unterschreiben zu lassen. Auf diese

c) Unrichtig von Einigen Akt genannt; der Singular ist nicht gebräuchlich.

Weise kann sie hinterher wenigstens in Ansehung der Zeit ihres Erscheinens (was denn doch oft nicht unwesentlich seyn kann) keine Einwendungen machen. Das Unterschreiben eines Namens hat keine Schwierigkeit, und es muß auch ein verpflichteter Mann nicht ohne Noth es darauf ankommen lassen, daß sein Pflichteid das einzige Merkmal der Glaubwürdigkeit einer Handlung ist.

§. 123.

II. Form des Protokolls, und zwar α) äussere.

In Rücksicht auf die Form des Protokolls betrachten wir theils seine äussere, theils seine innere. In Beziehung auf erstere merken wir:

1) Es wird gewöhnlich d) auf einem der Länge nach oder senkrecht halb gebrochenen Bogen (zu halbem Stande) geschrieben, so daß die linke Seite leer bleibt.

2) Es fängt mit dem Ort und Datum, auch wohl mit der Tagszeit der Verhandlung an, mit folgender Formel: "Geschehen (oder Verhandelt oder Actum) Erlangen im königl. Landgericht am 7. Febr. 1820. Vormittags 9 Uhr." Am Schlusse wird statt der Wiederhohlung des Datums ꝛc. gesetzt: geschehen wie oben oder *actum ut supra* (abgekürzt: g. w. o. — a. u. s.) um anzuzeigen, daß die Verhandlung ununterbrochen vom Anfang bis zum Ende fortgesetzt worden. Denn tritt eine Unterbrechung ein, so muß das Protokoll abgeschlossen, und mit der

---

d) Nothwendig gehört es nicht zur äussern Form; es wäre sogar gut, wenn man den nur verführerischen leeren Raum des breiten Rands wegließe, und die ganze Breite des Blattes beschriebe.

Fortsetzung ein neues angefangen werden, also: "Fortgesetzt am nämlichen Tag (eodem) Nachmittags 2 Uhr." — "Fortgesetzt am 8. Febr. 1820."

3) Bei dem Eingange links oben auf der leeren Halbseite werden die gegenwärtigen Gerichtspersonen bemerkt: "Gegenwärtige: — der königl. Landrichter N. — der vereidete Actuar (oder verpflichtete Protokollführer) N."

4) Es besteht ferner das Protokoll

a) aus dem Eingange, welcher die Veranlassung seiner Aufnahme ausdrückt, nämlich das Erscheinen der Parteien, ihre im Allgemeinen erklärte Absicht und die Art, wie man sich von ihrer Identität und Geschäftsfähigkeit (§. 58 ff.) überzeugt hat; also: "Es erscheinet der Bierbrauer N. N. aus N. und bittet eine Quittung von ihm zum gerichtlichen Protokoll zu nehmen, welchem Ansuchen, da derselbe dem Landrichter von Person wohl bekannt, auch rücksichtlich seiner Dispositionsfähigkeit kein Hinderniß bekannt ist, wie folget, willfahrt wurde. Derselbe erklärt: ꝛc."

b) aus dem Inhalt, also was in vorstehendem Beispiele der Bierbrauer N. erklärt hat, oder, in andern Fällen, was überhaupt verhandelt worden;

c) aus dem Schlusse oder dem Vermerke der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift des Erklärenden, hiernächst der Unterschrift des Gerichts:

"Vorgelesen, genehmigt und unterschrieben:

N. N.

geschehen wie oben

N. Landrichter.

N. Actuar."

Nach der Verfassung einiger Gerichte wird auch noch das Gerichtssiegel oder der Gerichtsstempel (Stampille) beigedruckt, was jedoch nicht zur allgemein angenommenen äussern Form gehört.

5) Besteht das Protokoll aus mehrern Bogen, so ist es rathsam, dasselbe mit einer dünnen Schnur, deren Enden dann mittelst des Gerichtssiegels auf der letzten Seite befestigt werden, zusammenzuheften.

6) Wo nicht nach Beschaffenheit des Gegenstandes Stempelpapier vorgeschrieben ist, bedient man sich dem Herkommen nach zu den Protokollen des Conceptpapiers. Da das Protokoll gerade zu den wichtigsten Urkunden gehört, so ist dieser Gebrauch eben nichts weniger als zweckmäßig. Man muß daher wenigstens für eine gute, dichte und nicht durchschlagende Sorte Conceptpapier sorgen. Auch darf man nicht zu weit auf den Rand hinaus schreiben, damit, wenn sich derselbe in den Akten abstößt, keine Beschädigungen an der Integrität des Protokolls entstehen e).

§. 124.

β) innere Form und wesentliche Erfordernisse der Glaubwürdigkeit eines gerichtlichen Protokolls.

Auser dem, was vorhin schon in den Corollarien §. 119. bemerkt worden, ist noch folgendes hier zu erinnern:

---

e) Dieß kann überhaupt verhütet werden, wenn mittleres Format genommen und die Bogen wenigstens zur Seite am Rande beschnitten werden. Zweckmäßig ist in Bayern einerlei Aktenformat vorgeschrieben, indem alle Eingaben und Ausfertigungen auf Papier von gleichem Formate (17 Zoll Höhe und 14 Zoll Breite) gefertigt werden müssen. Reg. Blatt 1808. S. 1676.

Das Protokoll fordert

1) nach seinem Begriffe (§. 118.) die Gegenwart des Protokollirenden, und so denn das gerichtliche die Gegenwart einer richterlichen Person und eines vereideten Protokollführers. Die Gegenwart beider ist unerläßlich, weil ohne den Richter der Gegenstand des Protokolls, die erzählte Handlung, nicht vorgehen und ohne den Protokollführer oder Actuar nicht beglaubigt werden könnte. Unrichtig ist es daher, wie schon oben (§. 53.) erinnert worden, anzunehmen, daß der Actuar allein, ohne Beiseyn des Richters, ein Protokoll gültig aufnehmen könne. Der Actuar muß auf die richtige Führung des Protokolls ein für alle Mal vereidet seyn.

2) Eigentlich ist die Bestimmung des Protokollführers, was in seiner Gegenwart verhandelt worden, selbst niederzuschreiben. Allein es gehört in der That viele Uebung und Gewandtheit dazu, den Vortrag der Parteien und die richterlichen Vorhaltungen so aufzufassen und sich gegenwärtig zu erhalten, um, überdieß im Geräusche und unter dem fortdauernden Reden der handelnden Personen, dieß alles mit der nöthigen Correctheit, Bündigkeit und Präcision niederzuschreiben, und so aus einem Chaos oder wenigstens einer ungeordneten Masse von Gedanken ein vollständiges Ganzes zu Papier zu bringen. Ich lasse dahingestellt seyn, ob ehehin die Actuarien hierin mehr Geschicklichkeit besaßen als heut zu Tage, oder ob man es sonst mit ihren Leistungen minder genau nahm; letzteres kann ich jedoch kaum glauben. Nach heutiger Praxis macht man es den Actuarien leichter, und es ist gewöhnlich, daß, wenn die Parteien ihren Vortrag nicht selbst zu Protokoll dictiren können, der Richter dem Actuar dieses in Gegenwart der Betheiligten laut in die Feder die-

tirt f). Dieß schadet auch der Selbstständigkeit des Actuars nicht, in dessen Gegenwart die ganze Verhandlung vorgeht, und der daher nicht nur im Stande, sondern auch berechtigt, ja durch seinen Eid verpflichtet ist, den Richter genau zu controliren, und wenn nach seiner Ueberzeugung dieser etwas unrichtiges vorsagt, ihm darüber Erinnerungen zu machen. Auch muß man der Pflichtmäßigkeit des Mannes zutrauen, daß er seines sonstig subordinirten Verhältnisses ungeachtet sich nicht zu einer ungebührlichen Nachgiebigkeit werde verleiten lassen, dem Richter aber, daß er sein Ansehen nicht mißbrauchen werde. Ueberdieß hat diese Methode des Dictirens noch entschiedene Vortheile. Denn erstens tritt während des lauten Vorsagens des zu Schreibenden ordentlicher Weise diejenige Stille ein, die zur gründlichen Ueberlegung der Sache nöthig ist; zweitens nehmen die Betheiligten nun ein Interesse g) an dem, was laut zu Protokoll dictirt wird, und da dieß drittens langsam von Statten geht, so bleibt die erforderliche Muße, das Gesprochene bis in die kleinsten Einzelheiten des Ausdrucks zu fassen, während bei einem vorgelesenen Protokolle die Aufmerksamkeit auf viele Punkte zugleich gerichtet ist; endlich viertens erlaubt das Dictiren ein rechtzeitiges Corrigiren des Ausdrucks, ehe er zu Papier kommt, was hinterher bei dem, von dem Actuar allein vor sich hingeschriebenen und dann vorgelesenen

---

f) Diesen Gebrauch empfielt auch Hugo im civilist. Magazin VI. Bd. 2. Heft S. 138. fg.

g) Ich setze voraus, daß der Richter, — und auf ihn kommt hier vieles an, — durch die Art der Behandlung und durch seine lebendige Theilnahme auch in denjenigen das Interesse neu zu beleben weiß, deren Indifferentismus oben §. 116. Seite 327. gerügt worden.

Protokoll nicht ohne Weitläufigkeit geschehen kann. Auf diese Weise kann man sagen, daß das vom Actuar allein gefertigte Protokoll auf der Dexterität und Sincerität eines einzigen Mannes beruhe, das vom Richter dictirte aber das Product gemeinschaftlicher Thätigkeit Mehrerer sey und auf dem Prinzip der Oeffentlichkeit beruhe h).

---

h) Es ist auffallend, daß dasjenige, was doch allgemein geschieht, nämlich eben dieses Dictiren des Protokolls durch den Richter, durch keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung sanctionirt ist, ja daß man nicht einmal die Autorität der Rechtsgelehrten dafür anführen kann. Ausser Hugo's (Note f) ist mir wenigstens keine bekannt. Nur die preuß. Ger. Ordn. verordnet Th. II. Tit. 2. §. 44. daß der Richter das Protokoll dem Actuar laut in die Feder dictiren müsse. Dagegen bestimmt das preuß. allgem. Crim. Recht 1ster Theil [Crim. Ordn.) §. 40. daß der Actuar die Verhandlungen, so wie er sie wahrnehme, nach der Anweisung (?) des Richters zu Protokoll verzeichnen müsse. Nach dem bayer. Strafges. Buch II. art. 40. ist der Actuar verbunden, "auf alles, was vor Gericht verhandelt wird, aufmerksam zu seyn, solches mit aller Genauigkeit aufzuzeichnen, und nichts zum Protokoll zu nehmen, was nicht wirklich vorgekommen." Hier scheint also der Protokollführer in Ansehung des Niederschreibens lediglich selbstthätig zu seyn. Doch ist nach art. 39. der Richter für die Richtigkeit der Protokolle verantwortlich gemacht, uud es wird also nicht fehlen, daß letzterer auf jeder Seite des Protokolls etwas zu ändern findet. Dieß fällt alles weg, wenn der Actuar nur für das Mechanische des Protokolls als Schreibender positiv, für das Uebrige aber nur negativ thätig ist, so nämlich, daß er nicht schreibt, was er nicht selbst mit seinen Sinnen wahrgenommen hat, wenn es ihm auch der Richter vorsagen wollte. Was sollen übrigens die Ausdrücke: der Actuar müsse die Verhandlungen nach der Anweisung, des Richters zu Protokoll ver-

§. 125.

Fortsetzung.

3) Die Unterschrift des Richters und Actuars unter dem Protokoll ist allein nicht hinreichend, um eine vollständige Beweiskraft besonders in Ansehung der zweiten und dritten Art der Protokolle (§. 120. lit. b. c.) zu bewirken, sondern es muß von allen Anwesenden, welche als redend oder handelnd aufgeführt sind, also von den Parteien, Sachverständigen und Zeugen, nach vorgängiger Vorlesung und erfolgter Genehmigung des Inhalts eigenhändig, und zwar schon zur Vermeidung aller Mißverständnisse bei mehrern Personen von einerlei Geschlechts-Namen auch mit Beifügung des Vornamens unterschrieben werden. Diejenigen, welche als des Schreibens unerfahren nur ein Handzeichen beizufügen verstehen, unterschreiben mit diesem, und der Actuar attestirt, daß die drei Kreuze oder worin sonst das

---

zeichnen? Lieber nenne man das Kind gleich bei dem rechten Namen. Zweckmäßig schlägt daher auch von Gönner in dem Entw. eines Gesetzb. über das gerichtl. Verf. I. B. 6. Cap. §. 5. n. 6. S. 121. vor:

Jede vor Gericht handelnde Person ist berechtiget, ihre Aeusserungen selbst oder durch ihren Vertreter zu Protokoll zu dictiren, in deren Ermangelung dem das Protokoll führenden Richter obliegt, die Aeusserungen der handelnden Person nach ihrem Sinne und Willen genau und getreu in das Protokoll zu dictiren.

Dieß ordnet auch der revid. Entw. der bayer. Civilprozeßordn. §. 138. Nur sollte hier das "laute" Dictiren nicht als eine überflüssige oder sich von selbst verstehende Bestimmung übergangen seyn. Man kann nämlich auch leise und so daß es nur der Actuar hört, dictiren, und dieses ist zwecklos (siehe das im Text Gesagte) und bisweilen wohl sogar Verdacht erregend.

gewöhnliche Handzeichen besteht, (Juden machen keine Kreuze!) den Namen des Unterschreibenden bedeuten:

+ + + Handzeichen des Melchior Meier,
der nicht schreiben kann; attestirt's:
N. Actuar.

Es trifft sich bei Personen niedern Standes nicht selten, daß sie nur ihren Namen schreiben, oder vielmehr nachmalen gelernt haben, sonst aber weder zu schreiben noch geschriebenes zu lesen verstehen. Im Grunde ist es eben so viel, als wenn diese nur ein Handzeichen zu machen verständen, und es ist deswegen wohl rathsam, besonders bei wichtigen Verhandlungen, auch die Unterschrift, wo möglich durch einen Beistand, attestiren zu lassen. In der Regel werden dergleichen Personen auch nicht im Stande seyn, wenigstens nach längerem Zeitverlauf, ihre Handschrift gehörig anzuerkennen.

Man streitet noch darüber, ob auch die Vorlesung ein wesentliches Erforderniß des, übrigens gehörig unterschriebenen, Protokolls sey oder nicht? i). Daß schon um dieser Controverse willen ein vorsichtiger Richter die Vorlesung nicht unterlassen wird, braucht wohl keiner Erinnerung. Auch wird selbst die Vollständigkeit und Zuverlässigkeit, sei es auch nur in Beziehung auf Incorrectheiten im Ausdruck und in der Construction, und über alles dieses die rechtzeitige Verbesserung eines möglicher Weise untergelaufenen Irrthums, was nachher

---

i) Der bejahenden Meinung ist Martin im Lehrb. des bürgerl. Prozesses §. 105. (Xte Ausg.) v. Trützschler a. a. O. S. 12. Dafür ist auch die gesetzliche Autorität des Visit. Abschieds de 18. Dec. 1713. §. 27. Der entgegengesetzten Meinung ist Hommel rhaps. obs. 573. und dafür im Preußischen eine Entscheidung des Justizdepartements in Stengel's Beiträgen VI. S. 170.

alles nicht mehr geschehen könnte, dem Richter Veranlassung genug seyn, die zur allerseitigen Beruhigung gereichende kleine Mühe des Vorlesens sich nicht verdrießen zu lassen. Das Protokoll nicht vorlesen, und doch am Schlusse "vorgelesen genehmigt und unterschrieben" hinschreiben, wäre vollends eine Pflichtwidrigkeit.

§. 126.

Verfahren, wenn sich Bedenklichkeiten bei der Unterschrift ergeben.

Es kommt der Fall nicht selten vor, daß eine der handelnden Personen sich weigert, das Protokoll zu unterschreiben, weil sie glaubt, daß etwas für sie Verfängliches darin enthalten sei. Es ist dieses oft, besonders bei Personen aus der niedern Volksclasse, eine Wirkung ihres Mangels an Bildung überhaupt, und an Geschäftskenntniß insonderheit, und des daraus entstandenen Mißtrauens. So weigert sich nicht selten eine von zwei streitenden Parteien der Unterschrift, weil in dem Protokolle Behauptungen ihres Gegners enthalten sind, die sie für unwahr hält, und nun besorgt, es möchte aus ihrer Unterschrift ein Zugeständniß gefolgert werden; oder sie hat selbst ein Geständniß oder eine Erklärung abgegeben, die ihr Gegner nützlich acceptirt, und möchte nun das Geschehene durch ihre Nichtunterschrift ungeschehen machen. In Fällen dieser, besonders der erstern Art kann die Bedenklichkeit oft durch geeignete Vorstellungen gehoben werden, oft aber auch nicht. Hier muß nun die sich weigernde Partei erinnert werden, daß wenn sie, ohne grundhaltende Ursachen ihrer Weigerung anzugeben, eigensinnig auf derselben beharre, das Protokoll der nicht erfolgten Unterschrift ungeachtet auch gegen sie verbindliche Kraft haben werde. Diese Bedeutung muß dann mit der allenfallsigen Gegenerklärung des Weigernden zu Protokoll genommen

werden, und die Sache hat damit ein Ende, da ein weiterer Zwang nicht Statt findet. — Allein von diesem Fall ist eigentlich hier nicht die Rede, sondern

von der verweigerten unterschriftlichen Anerkennung des Protokolls über einen geschlossenen Vertrag oder ein sonstiges Rechtsgeschäft.

Hier ist nämlich die Sache nicht eben so wie dort von kurzer Hand abzuthun, sondern die Unterschrift muß von der Partei wirklich beigefügt, die Handlung somit dadurch bekräftigt, wenigstens kann dieselbe nur durch ein förmliches rechtliches Erkenntniß ergänzt werden.

Es ist aber keinem Zweifel unterworfen, daß wenn das Rechtsgeschäft erst durch die Schrift, diese also durch die Unterschrift, zur Perfection gelangt k) die Partei noch in dem Augenblicke, da sie die Feder zum Unterschreiben in die Hand genommen, selbige wieder weglegen kann, und daß alsdann das Geschäft eben für nicht zu Stande gekommen anzusehen ist. Man unterscheide indessen:

a) die Partei will das ganze Geschäft oder

b) nur gewisse Modificationen und Verabredungen nicht gelten lassen.

Auf a) Ist hier α) von einem einseitigen Geschäfte die Rede, so wird dasselbe sofort als nicht geschehen angenommen, und das Protokoll mit der Bemerkung der nicht erfolgten Unterschrift lediglich zu den Akten gelegt. Ist aber β) von einem Vertrag die Rede, wo gegenseitig verbindliche Erklärungen abgegeben worden sind, so hat der Richter vor allen die Beweggründe dieses Benehmens sich angeben zu lassen, und wenn sie

---

k) L. 17. C. de fide instrm. (4, 21.)

grundlos erscheinen, und die andere Partei auf der Vollziehung besteht, sich zu bemühen, den sich weigernden Theil durch sachgemäße gütliche Vorstellungen auf andere Gedanken zu bringen. Schlägt jedoch dieses Mittel fehl, so ist, da es nöthig wird, die Gründe der Weigerung rechtlich zu prüfen und darüber förmlich zu entscheiden, die Partei, welcher an der Aufrechthaltung des Geschäfts gelegen ist, an den gehörigen Richter zur Anstellung der Klage, etwa auf den Grund einer vorliegenden verbindlichen Punctation (§. 81.), zu verweisen.

Auf b) Hier kommt es darauf an, ob die andere Partei mit der von dem Weigernden zur Bedingung der Unterschrift gemachten Abänderung einverstanden ist, oder nicht. Erstern Falls hat die Sache keine Schwierigkeit, und es wird mit der Aenderung des Protokolls, wie hernach §. sq. auf 4. bemerkt werden wird, verfahren. Im letztern Falle wird es wie ad a β gehalten, und alles kommt darauf an, wiefern die Parteien durch die vorhergehende aussergerichtliche Behandlung ihre Willkühr gebunden haben oder nicht.

§. 127.

Fortsetzung zur innern Form des Protokolls.

Da das Protokoll eine glaubwürdige Nachricht des Verhandelten erhalten soll, so muß es

4) so gefaßt seyn, daß sein Inhalt nicht zweifelhaft ist. Dieß gilt nicht nur vom Ausdrucke, namentlich bei Namen und Zahlen, die sehr deutlich, letztere bei wesentlichen Summen zugleich mit Worten geschrieben werden müssen, sondern auch von der Vermeidung alles dessen, was Verdacht erregen kann. Das Zwischen-Einschalten (interpolatio) und das Ausstreichen muß daher wenigstens an wesentlichen Stellen, das Ra-

diren aber, da es die Erkenntniß des früher Dagestandenen verhindert, also noch verdächtiger erscheint, gänzlich vermieden werden. Sind Aenderungen oder Zusätze nöthig, so müssen sie entweder deutlich auf den Rand des Protokolls geschrieben und diese Abänderung gleich dem Protokolle selbst von den Betheiligten unterschrieben werden, oder besser: sie werden am Schlusse des Protokolls vor der Unterschrift angehängt, an der verbesserten Stelle aber, besonders, wenn das Protokoll lang ist, ein Remissiv-Vermerk beigefügt. Die Verbesserung eines aus Versehen unrichtig geschriebenen ausserwesentlichen Worts, eine kleine Correctur in der Construction eines Satzes kann unbedenklich vorgenommen werden. Das wo? und wann? muß jeden der gesunde Menschenverstand lehren. Nur ausradirt darf auch das gleichgültigste Wort nicht werden.

5) Das Protokoll fordert nach seinem Begriffe ferner, daß es im Zusammenhange mit der dadurch beurkundeten Handlung aufgenommen worden seyn müsse, d. h. entweder bei oder unmittelbar nach derselben. In der Regel erfolgt die Protokollirung der Handlung bei derselben: während der Zeuge spricht, die Partei sich vernehmen läßt, wird dieß niedergeschrieben, und so folgt der Actuar mit der Feder auch andern Handlungen, z. B. der Schätzung der Mobilien bei einer Inventur. Die Handlung und Protokollirung steht also in der That in einem unmittelbaren Zusammenhang. Es ist indessen der Legalität nicht entgegen, wenn über gewisse Handlungen, weil es nicht anders thunlich ist, die Niederschreibung erst später erfolgt. So wird oft über einen Augenschein, zumal bei übler Witterung, das Protokoll nicht auf dem Felde, sondern erst zu Hause, mit Beziehung der Interessenten, aufgenommen. Es muß in diesem Falle jedoch das Nöthige an Ort und

Stelle vorläufig sorgfältig notirt, und unmittelbar darnach das Protokoll verfaßt werden l).

6) Ehedem war es durchgehends gewöhnlich, die im Protokoll redend eingeführten Personen im erzählenden Styl, in der dritten Person, sprechen zu lassen. Dieß kann leicht Zweideutigkeiten veranlassen, besonders wenn mehrere relative Sätze in einander geschoben werden, und wenn der Erzählende aus eines Andern Munde oder vom Hörensagen spricht, durch den Gebrauch der possessiven Fürwörter und des Conjunctivs. Ohne eine schleppende Wendung ist ein Mißverstand hier schwer zu vermeiden, und auch jene Wendung genügt nicht, stört wenigstens das schnelle Auffassen, z. B.: "Er, "der Zeuge, habe gegen den Beklagten nichts weiter "geäussert, als das ihm, Zeugen, von des Klägers "Bruder N. gesagt worden: sein Bruder, den Kläger "meinend, würde wohl das Haus gekauft haben, wenn "ihm nicht sein, Klägers, Schwiegervater gerathen "hätte, er solle ꝛc. ꝛc. — Hier hatte der Beklagte sich auf das Zeugniß des Deponenten berufen. Zu diesem solle des Klägers Bruder gesagt haben: mein Bruder würde ꝛc. Dieß hatte der Zeuge dem Beklagten erzählt, und dieser ihn hierüber als Zeugen produzirt. Das Ganze muß deutlicher gefaßt werden, allenfalls so: "Zeuge bekundet, der N, Bruder des Klägers, hatte "mir gesagt: mein Bruder — dieß waren seine Worte "— würde wohl das Haus gekauft haben, wenn ihm "nicht sein Schwiegervater gerathen hätte, er solle ꝛc. "Dieß war es, was ich gegen den Beklagten äusserte "und sonst nichts weiter." — Ueberhaupt muß sich der Verfasser eines Protokolls vor zu langen Perioden hüten, selbige vielmehr in einfache, leicht verständliche Sätze

---

l) S. Formular Lit. L.

Sätze zergliedern, und wie ein verständiger Erzähler sprechen und sprechen lassen.

Beschluß auf das Protokoll.

§. 128.

Competenz zur Beschlußfassung.

Die nächste Operation (§. 112. a. E.), wenn das Protokoll aufgenommen ist, ist der richterliche Beschluß darauf. Dieser kann nach Verschiedenheit der Tendenz der richterlichen Mitwirkung (§. 30.) verschieden seyn. Er kann entweder bloß in der Verfügung der Expedition einer Urkunde oder der Ertheilung einer Abschrift des Protokolls (einfach oder vidimirt, wie es die Partei verlangt) bestehen, oder zugleich in dem urkundlichen Ausdrucke der gerichtlichen Bestätigung. Was von der richterlichen Bestätigung zu bemerken ist, darüber wird sich auf das oben (§. 45.) Gesagte bezogen.

Die Bestätigung setzt aber zu ihrer Gültigkeit voraus, daß sie der Richter selbst, kraft der von ihm verwalteten Gerichtsbarkeit, ertheile. Hiernach zeigen sich andere Modificationen der Procedur, je nachdem das Gericht aus Einer richterlichen Person oder aus mehrern besteht (vergl. 3. Kap.). Da in dem erstern Falle der Richter es selbst ist, der den Act instruirt so versteht es sich von selbst, daß er auch ohne weitere Rückfrage, so bald er das Geschäft mit den Parteien abgemacht hat, den Beschluß ertheilt. Dieß geschieht denn zweckmäßig sogleich am Schlusse des Protokolls, so bald es von den Parteien unterschrieben ist. Hier wird auch das Nöthige denselben zur etwaigen Ergänzung aufgegeben, wenn sich noch etwas zu erinnern findet, es mag nun die Form oder die Sache selbst betreffen, so wie statt der Bestätigung nach Befin-

den auch die Nichtstatthaftigkeit hier ausgesprochen und den Parteien sofort verkündigt werden kann.

Wenn das Gericht aus einem ganzen Collegium besteht, so werden die protokollarischen Verhandlungen gewöhnlich einem Gerichtsmitglied unter dem Namen Deputirter aufgetragen. Dieser ist dann Instruent Namens des ganzen Collegiums, seine Befugniß geht aber nicht weiter als sein Auftrag, wie ebenfalls im 3. Kapitel schon bemerkt worden. Da ihm also bloß die Instruction übertragen ist, so kann er nur, was ihm zum Fortgange der Sache diensam scheint, verfügen, und die etwa nöthigen Ergänzungen anordnen; keineswegs aber steht ihm die Befugniß zu, ein Geschäft als nicht statthaft zu verwerfen, oder die Bestätigung zu ertheilen. Er muß vielmehr darüber, wenn er ein Collegialmitglied ist, dem Gericht Vortrag machen, und steht er nicht in diesem Verhältnisse, berichten, und den Beschluß des Gerichts abwarten. Dieß ist auch bei solchen Ergänzungen der Fall, die eine unter Vollziehung des Gerichts zu erlassende Entschließung, namentlich die Correspondenz mit einer andern Behörde, fordern. Das Gericht prüft nun auf den Vortrag des Decernenten (Proponenten), welches auch der Instruent selbst, wenn er Gerichtsmitglied ist, seyn kann, die Beschaffenheit des Acts, und erläßt sodann den geeigneten Beschluß. Dieß alles gilt denn auch von solchen Untergerichten, wo eigentlich keine collegiale Verfassung Statt findet, dem Richter aber andere Beamte als Gehülfen (§. 56. C.) zugeordnet sind. Denn hier vertritt der Richter das Gerichtscollegium, da ihm die Gerichtsbarkeit vom Staate anvertraut ist. Jener Gehülfe legt also demselben, allenfalls mit dem Entwurfe des Beschlusses, die Verhandlung vor und erwartet nun dessen Expediatur oder sonstige Entschließung.

Ausfertigung der Urkunde.

§. 129.

Concept. — Reinschrift.

Die Ausfertigung der Urkunde oder des eigentlichen Instruments erfolgt mit Zugrundlegung des Protokolls, und zwar zuerst im Concept, welches, um Raum zu den nöthigen Verbesserungen zu haben, auf gebrochenes Format geschrieben wird. Hierbei kann auf zweifache Art verfahren werden:

1) indem die Urkunde nach dem Inhalte des Protokolls ausgefertigt, oder

2) das Protokoll der Urkunde wörtlich inserirt wird. Die letztere Form hat entschiedene Vorzüge vor der erstern, theils weil dadurch die auf die Redaktion der Urkunde zu verwendende Zeit beträchtlich abgekürzt und so die Arbeit erleichtert wird, theils weil nur auf diese Weise allen Irrungen vorgebeugt, das Relatum mit dem Referens dem Empfänger der Urkunde in die Hand gegeben, und der Einwand, daß die Urkunde vom Protokoll abweiche (in welchem Falle der Inhalt des letztern lediglich entscheidet [m]), beseitigt wird. Was die äussere Form anlangt, so muß man sich nach dem Gebrauche bei jedem Gericht achten, wobei denn nur der Eingang und Schluß als allein veränderlich zur Sprache kommt. Der erstere drückt den Namen des ausfertigenden Gerichts, der Interessenten und den Gegenstand im Allgemeinen aus. Der Schluß erwähnt der gerichtlichen Bestätigung, und wie oft dann für wen die Urkunde ausgefertigt worden, endlich Ort, Tag und Jahr

---

m) Berger oec. juris L. IV. Tit. 24. th. 6. n. 8.
Mev. P. VIII. decis. 479.

der Ausfertigung n). Die Erwähnung wie oft und für wen die Ausfertigung erfolgt ist, hat die Absicht, die Expedition, wenn schon die einzelnen Exemplare im Uebrigen gleichlautend sind, für ihren speciellen Zweck zu bezeichnen, also das erste Exemplar eines Erbtheilungs-Recesses als Besitzinstrument für den Miterben Friederich, "wegen der von ihm aus dem Nachlaß übernommenen Immobilien;" das zweite für den Jacob als Obligations-Instrument "wegen der an ihn von jenem herauszuzahlenden . . fl. . . kr.;" das dritte für den Carl "als Quittung wegen der ihm auf seinen Erbtheil angerechneten und so getilgten Schuld zur Masse;" das vierte für den Ludwig "als Cessionsurkunde der auf ihn gefallenen Activcapitalien" u. s. w. — wobei sich von selbst versteht, daß Eine Urkunde für einen und denselben Betheiligten in mehrfacher Beziehung diesem ausgefertigt seyn kann, z. B. als Besitzinstrument und als Quittung.

Das gehörig revidirte und auf weißes, gewöhnlich mit dem vorgeschriebenen Stempel versehenes, Papier rein abgeschriebene Concept (Reinschrift, Mundum) macht nun das eigentliche Instrument aus, welches, wenn es aus mehrern Bogen besteht, mit einer seidenen Schnur, deren Enden unter das am Schlusse beigedruckte Gerichtssiegel befestigt werden, zusammengeheftet wird. Die Unterschrift erfolgt von dem Vorstande des Gerichts, bei Gerichten mit collegialer Verfassung auch wohl von den übrigen Gerichtsmitgliedern, nach vorgängiger Contrasignatur des Gerichtsschreibers (Actuars, Secretärs).

---

n) Vergl. Form. Lit. M.

Zehntes Kapitel.

Von Rechtsmitteln im nichtstreitigen Verfahren.

§. 130.

Der Character dieser Rechtsmittel.

Man wird sich aus der bisherigen Darstellung überzeugen, daß es eben keine leichte Aufgabe ist, die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit so zu verwalten, daß dabei deren Zweck und dem rechtlichen Interesse der Betheiligten allenthalben vollständig Genüge geschieht. Selbst die pflichtmäßige Verwendung des tüchtigen und mit der erforderlichen Muße, also auch mit Liebe und Freudigkeit, seinem Berufe sich widmenden Beamten gewährt nicht immer eine Bürgschaft gegen wirkliche oder doch vermeinte Beschwerden der Betheiligten, wie die Erfahrung lehrt. Noch weniger kann eine solche da zu finden seyn, wo den Richter der Vorwurf der Ungeschicklichkeit, des Leichtsinns und Unfleißes trifft, oder wo in Folge der verschiedenartigsten Geschäfts-Attributionen Eilfertigkeit in der Besorgung mit ihren schädlichen Folgen gleichsam ein Gebot der Stellung selbst ist, die man den Gerichten gegeben hat, und wodurch sie verhindert werden, diesem Verwaltungszweige mit der Ruhe und ungetheilten Aufmerksamkeit sich zu widmen, die das Gelingen eines jeden, auf eine gewisse Kunstfertigkeit Anspruch machenden, Werks fordert. Es ist aber schon eine große Unvollkommenheit, daß im nichtstreitigen Verfahren Alles oder doch das Meiste von der Thätigkeit der Gerichte abhängt, besonders wenn die Parteien rechtsunerfahren und, wie dieß gewöhnlich der Fall ist, mit rechtskundigen Beiständen nicht versehen sind. Unerträglich wäre der Zustand vollends, wenn den Interessenten auch in den Fällen, wo sie die ihnen

zugefügte Beschwerde zu erkennen vermögend sind, und Abhülfe bei dem beschwerenden Richter nicht erhalten können, diese in einer höhern Instanz zu suchen versagt wäre. Darum müssen auch hier Rechtsmittel gestattet seyn, und sie sind nicht ungewöhnlich, jedoch von einer andern Art, als im Prozeß.

Das Auskunftsmittel, eine schon wirklich zugefügte oder bevorstehende Beschwerde im nichtstreitigen Verfahren, (so wie ausser dem Fall einer Entscheidung, auch im Streitverfahren) durch Angehung des Oberrichters abzuwenden, hat man sonst mit dem Namen einer Extrajudicial-Appellation bezeichnet. Der Ausdruck ist von dem eingeschränktern Begriffe judicium hergenommen, worunter man bloß die gerichtliche Verhandlung und Entscheidung eines Rechtsstreits, und zwar besonders im ordentlichen Prozesse, subsumirte, daher causae summariae und extrajudiciales für gleichbedeutend nahm o). Jetzt braucht man, wenn ausser dem Fall einer gravirenden Entscheidung, sie sey eine Sentenz oder ein mit derselben gleich wirksames Decret, wider eine beschwerende Verfügung oder auch über versagte oder verzögerte Rechtspflege Beschwerde bei dem Oberrichter eingelegt wird, sowohl im streitigen als im nichtstreitigen Verfahren nicht mehr den Ausdruck Extrajudicial-Appellation, sondern Recurs oder Beschwerdeführung schlechthin, und die Abhülfe wird nicht im Wege einer Berufung, sondern einer einfachen Beschwerde (per modum simplicis querelae) gesucht.

---

o) Mev. Part. I. Dec. 170.

Man theilte die Extrajud. Appellationen im streitigen Verfahren auch in antejudiciales et postjudiciales ein. Lynker de grav. extrajud. Cap. I. Sect. I. §. 1.

§. 131.

Fortsetzung.

Der Gegenstand der Beschwerdeführung ist hier keine richterliche Entscheidung, wodurch streitige Rechte nach einer contradictorisch gepflogenen Verhandlung bestimmt werden, also keine Definitiv-Sentenz, oder ein solches Decret, welches eine Beschwerde zufügt, die durch die künftige Berufung gegen das darauf folgende Definitiv-Erkenntniß nicht mehr gehoben werden kann (interlocutoria mixta vim definitivae habens). Noch mehr: es kommt auch hier nicht auf Begründung eines durch präsumtiven Verzicht bewirkten formalen Rechts, sondern auf ein durch Uebereinkunft bewirktes materiales Recht an. Hierin zeigt sich von selbst der wesentliche Unterschied zwischen der im Wege der Appellation oder eines andern Rechtsmittels geltend gemachten Beschwerde in Streitfällen gegen richterliche Entscheidungen, — und der im Recurswege verfolgten Remedur einer beschwerenden richterlichen Handlung oder Unterlassung ausser Streitfällen. Daher geht

1) die Abhülfe der Beschwerde im Streitverfahren bloß von der oberrichterlichen, im nichtstreitigen Prozesse mehr von der auffehenden Gewalt aus.

2) Da hier nicht ein, durch Beobachtung gewisser Fristen der Rechtsverfolgung oder Vertheidigung bedingtes formales Recht bezweckt wird, so kann der Recurs auch an keine Nothfrist gebunden seyn, der Beschwerde also niemals der Einwand der Rechtskraft entgegengesetzt werden.

3) Einer im Prozeßwege mittelst eines ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittels an den Oberrichter gebrachten Beschwerde ist, wenn kein weiteres Rechtsmittel mehr Statt findet, nicht mehr abzuhelfen. An-

ders ist dieß im nichtstreitigen Verfahren, indem nach Umständen noch in einer Entschädigungsklage gegen den Richter, oder einer Klage wider den Gegentheil Hülfe gesucht werden kann.

4) Im contentiosen Prozesse kann der gravirende Richter seine einmal eröffnete Entscheidung nicht mehr abändern. Denn der obsiegende Theil hat in dieser Instanz auf deren Erhaltung ein wohlerworbenes Recht; auch kann die nämliche Sache von dem nämlichen Richter nicht zweimal entschieden werden. Anders ist dieß im nichtcontentiosen Verfahren, wo der beschwerende Richter nicht nur befugt, sondern sogar verpflichtet ist, entweder von Amtswegen bei erlangter besserer Ueberzeugung, oder auf gemachte Vorstellung des interessirten Theils die beschwerende Verfügung zurückzunehmen p). Denn der andere Betheiligte hat kein Recht erworben, der Nachhohlung einer versäumten Formalität zu widersprechen, oder was sonst zum Besten eines Rechtsgeschäfts anzuordnen, zu berichtigen und zu ergänzen ist, nicht geschehen zu lassen.

5) Bei dem Recurs ist nicht der andere Geschäftsinteressent Gegner, sondern der Richter. Es fordert vielmehr sogar das rechtliche Interesse des andern Theils, in der Regel wenigstens, an der gegründeten Beschwerde seines Mitcontrahenten, sofern es dabei auf das Beste des Geschäfts abgesehen ist, Theil zu nehmen. Dieses Gegnerverhältniß tritt indessen selbst dann ein, wenn die andere Partei durch Handlungen oder Unterlassungen die Beschwerde veranlaßt. Sie unterläßt z. B. den Legitimationspunkt zu berichtigen oder ein zur Löschung einer Forderung im Hypothekenbuch erforderliches Do-

---

p) Quod jussit vetuitve Praetor contrario imperio tollere et repetere licet: de sententiis contra. L. 14. D. de re jud.

cument beizuschaffen. Denn auch hier ist nur Grund zu einer Beschwerde gegen den Richter gegeben, sofern als er gegen die säumige Partei mit Zwangsmitteln einzuschreiten unterläßt, nicht aber gegen den Mitcontrahenten. Gegen diesen, wenn er seine vertragsmäßige Verbindlichkeit verweigert, kann man nur den Weg der Klage bei dem competenten Richter auf Vertragserfüllung einschlagen, was auch oft kürzer zum Zwecke führt als der Weg der Beschwerde gegen den Richter, wovon sogleich mit mehrerem gehandelt werden soll.

§. 132.

Weitere Entwickelung der Theorie dieses Rechtsmittels.

Der Richter kann im nichtstreitigen Verfahren die Parteien beschweren und so denn den Oberrichter anzugehen Anlaß geben: a) durch Verweigerung, b) durch Verzögerung, c) durch gesetz- und ordnungswidrige Verwaltung der Rechtspflege. In diesen Fällen wird die gravirte Partei zuerst durch Erinnerung und angemessene Vorstellung bei dem beschwerenden Richter Abhülfe suchen, und erst dann, wenn sie diese nicht findet, an die vorgesetzte Behörde sich wenden. Es kann aber je nachdem bei einem vor Gericht verhandelten Geschäft nur ein oder mehrere Subjecte betheiligt sind, bei einer und derselben Handlung oder Unterlassung des Richters Einem oder Mehreren zugleich Anlaß zur Beschwerde gegeben werden. Es lassen sich nämlich verschiedene Beziehungen denken, wo bei einer von dem Richter zugefügten Beschwerde von den mehreren Interessen eines Rechtsgeschäfts Alle gleich oder nur Einer zunächst und unmittelbar, der Andere oder die übrigen Mittheilhaber dagegen nur mittelbar betroffen werden. Je nach Verschiedenheit dieses Ergebnisses ist denn natürlich das Interesse, Abhülfe zu suchen, verschieden. Sind 1) Alle gleich betheiligt, die richterliche

Handlung oder Unterlassung als beschwerend anzufechten, so werden sie vereint als Streitgenossen im Recurswege auftreten, und der Richter erscheint alsdann als Gegner Aller. 2) Es können aber selbst in diesem Falle des gemeinsamen Interesse doch der Eine näher, der Andere entfernter und nur mittelbarer Weise betheiligt seyn, wo es dann vor allen Sache des zunächst und unmittelbar gravirten Subjects ist, beschwerend aufzutreten. Endlich kann es 3) bisweilen auf eine zweckmäßige Wahl zwischen dem Angriffe des Richters im Wege der Beschwerde, und dem des Geschäftsmittheilhabers im ordentlichen Rechtswege mittelst einer Klage ankommen. Einige Beispiele werden diese Fälle näher erklären.

Der Richter verweigert den obervormundschaftlichen Consens zu einem Ehevertrage zwischen einem Wittwer mit Kindern aus voriger Ehe und dessen Verlobten wegen ungebührlicher Zuwendungen an letztere zum Nachtheile der Kinder, deren Interesse, weil sie noch minderjährig sind, nächst ihrem Curator er, der Richter, zu beobachten hat. In dieser Weigerung mögen wohl beide Verlobte Grund zur Unzufriedenheit finden, und dieß ist der erste Fall.

Bei einem gerichtlich verlautbarten Kaufcontracte glaubt der Richter, daß zur vollständigen Begründung der Veräusserungsfähigkeit des Verkäufers noch ein Punkt in der Legitimation desselben zu ergänzen sey. Er legt dem Verkäufer diese Ergänzung auf, und hält bis zu deren Bewirkung mit der Confirmation zurück. Hier kann nicht nur der Verkäufer, sondern auch der Käufer des Dafürhaltens seyn, daß es dieser Maßregel zur Gültigkeit des Geschäfts nicht bedürfe, daß vielmehr dieselbe, zumal weil das Desiderirte nicht ohne Schwierigkeit und Zeitverlust herbeizuschaffen ist, füglich umgangen und dadurch das Geschäft, an dessen Beendigung

beiden Theilen liegt, früher zum Ziele gebracht werden könne. Beide werden daher oder können doch, wenn ihre Vorstellungen bei dem Richter nichts ausrichten, gemeinschaftlich den Weg der Beschwerde einschlagen, hauptsächlich aber wird der unmittelbar beschwerte Verkäufer sich dazu aufgefordert erachten, — dieß ist der zweite Fall.

Gesetzt aber — der dritte Fall — der Verkäufer ließe die richterliche Verfügung unbefolgt, ergriffe auch den Recurs nicht, um deren Aufhebung zu bewirken, vielleicht weil ihn das ganze Geschäft reut und er wo möglich selbiges rückgängig machen möchte; so würde offenbar das Interesse des Käufers, dem an Aufrechthaltung des Vertrags liegt, fordern, daß er auf eine oder die andere Art für den Zweck der Beendigung der Sache thätig werde. Dieß kann er hier auf verschiedene Weise: a) indem er dem Richter vorstellt, daß es aus den und den Gründen der fraglichen suppletorischen Anordnung nicht bedürfe, der Bestätigung des Contracts also kein Hinderniß im Wege stehe, und wenn er kein Gehör findet, alsdann recurrirt. b) Er kann geschärftere Verfügungen gegen den säumigen Verkäufer in Antrag bringen, und wenn der Richter seiner Meinung nach nicht mit dem gehörigen Nachdrucke verfährt, bei dem Oberrichter Beschwerde führen. Endlich c) kann er den tergiversirenden Verkäufer mit der Kaufklage im ordentlichen Rechtswege auf Erfüllung angreifen, womit er denn die diensamen Anträge zur Erwirkung provisorischer Sicherheitsmaßregeln, durch Eintragung von Verwahrungen in das Hypothekenbuch u. s. w. verbinden wird. Ehe zu diesem Auskunftsmittel geschritten wird, wird dem Weigernden auf Antrag des Betreibenden von dem Richter noch eine endliche Frist zur Parition unter Androhung der Klage gesetzt. Gewöhnlich wird in sol-

chen Fällen einer ausgemachten oder anscheinenden geflissentlichen und gefährdevollen Verzögerung der Sache von Seiten des Mitcontrahenten der ordentliche Rechtsweg das Rathsamste seyn, und dieses schon darum, weil der Widersprechende wohl Gründe seines Benehmens vorschützen wird, die denn doch nur mittelst rechtlicher Erörterung und Entscheidung beseitigt werden können.

§. 133.

Zeit der Beschwerde-Anbringung. — Suspensivkraft.

Daß in den Fällen, wo über Justizverweigerung oder Verzögerung sich beschwert wird, von einer Frist zur Anbringung der Beschwerde keine Rede seyn kann, versteht sich von selbst. Aber auch da, wo ein ordnungswidriges Verfahren Gegenstand dieser Beschwerde ist, ist der Recurs an kein Fatale gebunden. Indessen bringen es gewöhnlich die Umstände mit sich, daß ein solcher Recurs gleichwohl nicht nach Belieben früher oder später angebracht werden kann, sofern als die Verzögerung Nachtheile für die Betheiligten hat. Fordert also der Richter zur bessern Substantiirung eines Rechtsgeschäfts die Beibringung dieses oder jenes Nachweises, und die Partei findet sich dadurch ohne Noth belästigt und in Kosten versetzt; oder verfagt der Hypothekenbeamte die nachgesuchte Eintragung einer Protestation gegen weitere Verfügungen über ein Grundstück in das Hypothekenbuch, weil er das Gesuch nicht für begründet erachtet, so ist es wohl klar, daß sich der Beschwerte mit seinem Recurse nicht säumen darf. Denn ausserdem läßt der Richter im ersten Fall die Sache liegen, bis seiner Anordnung genügt ist, im letztern aber könnte eine verspätete Remedur den Zweck der Maßregel leicht ganz vereiteln.

Von dem ergriffenen Recurse hat der Recurrent den judex a quo sogleich in Kenntniß zu setzen, um diesen, wo es auf Abwendung präjudicirlicher Einschreitungen ankommt, wenigstens zu veranlassen, soviel möglich aus eigener Bewegung inne zu halten. An sich aber kann der ergriffene Recurs, so lange der Oberrichter nicht Stillstand gebietet, den judex a quo nicht abhalten, in der Sache weiter zu verfahren q). Sowie er aber nach Umständen das Gravamen selbst abstellen kann, so muß noch mehr die Suspendirung bedenklicher Einschreitungen von seinem verständigen Ermessen abhängig seyn, wofern nicht die Interessenten, welche die Fortsetzung der Handlung gegen den Widerspruch Eines oder des Andern, also z. B. die Abhaltung des einmal öffentlich ausgeschriebenen Termins zu der früher gemeinschaftlich beantragten Versteigerung von Erbschaftsstücken, verlangen, für die Folgen Sicherheit zu leisten bereit und im Stande sind. Auch bei der förmlichen Ergreifung des Rechtswegs, welche in diesem Falle, wenn die hier besonders zu versuchende gütliche Beilegung der Irrung nicht erzielt werden sollte, gewöhnlich die Folge seyn wird, muß nach diesen Erwägungen ein Provisorium entweder zur unschädlichen Fortsetzung oder zur Suspendirung der Handlung getroffen werden. Uebrigens wird darauf vor allen Bedacht zu nehmen seyn, daß der Stand der Sache während des Streits so wenig als möglich verändert werde, auf der andern Seite aber die Frage, ob die Handlung aufzuschieben oder vorzunehmen, nach dem Grade der mehrern Gefahr bei der Vornahme oder bei dem Aufschub erwogen werden müssen. Wenn also ein bisheriger Pflegbefohlener die Großjährigkeit erreicht hat, so wird zwar der Ordnung nach

---

q) c. 2. de dolo et contum. in 6to.

ein Termin zu dessen Entlassung aus der Vormundschaft, unter der er als Minderjähriger gestanden, und zur Ausantwortung seines Vermögens von dem vormundschaftlichen Gericht anberaumt. Nun kann es aber geschehen, daß seine Verwandten vielleicht unter Beitritt der Gemeinde- und Armenpflege-Verwaltung vorstellen, und ihre Vorstellung mit Gründen und Bescheinigungen unterstützen: daß sich der zu Entlassende der Verschwendung schuldig mache und die gesetzlichen Merkmale eines als Verschwender unter Vormundschaft zu nehmenden Menschen bei ihm einträten, daß es also rathsam ja nothwendig sey, ihn in der Eigenschaft eines Verschwenders ferner unter Curatel zu behalten. Wenn indessen dieser, vielleicht auch sein bisheriger Vormund, (letzterer etwa, wie dieß zu geschehen pflegt, weniger aus Fürsorge für das wahre Beste seines Pfleglings, als um der Sorge für ihn einmal los zu werden) widersprechen, und auf der Entlassung und Vermögens-Extradition bestehen; so muß freilich die Sache im Wege Rechtens auf angestellte Klage der provocantischen Verwandten ꝛc. untersucht und entschieden werden. Aber was soll unterdessen geschehen? — Ohne Zweifel wird sich das vormundschaftliche Gericht veranlaßt finden, der Ausantwortung des Vermögens Anstand zu geben, dieses also provisorisch zurückhalten, den Provocanten jedoch einen angemessenen Termin zur Anstellung der Prodigalitäts-Erklärungs-Klage unter dem Nachtheil anberaumen, daß nach dessen Ablauf mit der Entlassung des Provocaten u. s. w. auf ihre Gefahr, nach Befinden der Umstände, verfahren werden würde. "Auf ihre Gefahr" — denn die Folgen des Versäumnisses der Klagstellung sind von der Art, daß sie nicht schlechthin von dem freien Verzicht wenigstens derer, bei welchen die amtliche Pflicht der Fürsorge und Aufsicht eintritt, abhängen, vielmehr von ihnen gegen

das hiebei wesentlich betheiligte öffentliche Wohl vertreten werden müssen. Dahin zielt auch die Clausel: "nach Befinden der Umstände." Denn auch nichtimplorirt, muß hier das vormundschaftliche Gericht von Amtswegen, allenfalls durch Excitirung des fiscalischen Amts, einschreiten. Wird nun von dem Pflegbefohlnen, oder im Fall einer Abweisung der Provocanten mit ihrem Antrage, — weil selbiger etwa dem vormundschaftlichen Richter nicht begründet genug erscheint r) — von diesen der Recurs ergriffen, so wird in einem wie in dem andern Falle der Vormundschafts-Richter unbedenklich das Auskunftsmittel wählen, wobei am wenigsten Gefahr ist; er wird also wahrscheinlich der Vermögensaushändigung Anstand geben.

§. 134.

Das Verfahren.

Das Verfahren in der Recursinstanz ist einfach dieses. Der Oberrichter fordert den judex a quo zum Bericht mit Einsendung der Akten auf, und ordnet hierauf durch ein Decret nach Befinden die Abstellung der Beschwerde an, oder er bestätigt das Verfahren des Unterrichters. Wird sich bloß über Justizverzögerung beschwert, so kann nach Umständen Berichtserstattung und Akteneinsendung ganz umgangen werden, indem eine einfache Promotorialverfügung mit auferlegtem Nachweise der Befolgung binnen einer kurzen Frist von 8 oder 14 Tagen oder 4 Wochen, je nachdem das zu er-

---

r) Dieß letztere wird nach Lage der Sache wohl seltener eintreten, weil die Vormundschaftsbehörde hier, wie gedacht, schon von Amtswegen nähere Erkundigung einzuziehen berufen ist, daher auch den minder begründeten Antrag doch nicht sofort verwerfen darf.

ledigende Geschäft ist, genügt. Hat man sich mit Unrecht über den Unterrichter beschwert, so wird er, auch ohne zum Bericht aufgefordert zu seyn, um seiner selbst willen sich zu rechtfertigen nicht unterlassen, wo denn die gebührende Ahndung gegen den muthwilligen Querulanten zur Steuer der Gerechtigkeit und zur Aufrechthaltung des obrigkeitlichen Ansehens eben so billig ist, als auf der andern Seite die Bestrafung des ungeschickten oder trägen Beamten. Geflissentliche Pflichtverletzungen desselben unterliegen ohnehin einer höhern Strafsanction.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bei=

Beilagen.

Formular Lit. A.

Zu §. 50. S. 144. s).

Geschehen Erlangen in dem königlich bayerischen Landgericht am . . . . t).

In Gegenwart
des Gerichts-Deputirten: N.
des verpflichteten Protokollisten: N.

In Gemäßheit der auf die Anmeldung vom . . . . ergangenen Vorladung vom . . . . sind zur gerichtlichen Aufnahme eines Kauf-Contracts erschienen:

a) verkaufender Seits: . . . . . .

b) kaufender Seits: . . . . . u)

und haben folgendes erklärt:

Der Gegenstand des Vertrags ist . . . . . v). Der

---

s) Wenn dieses und die übrigen Protokoll-Formulare von der gewöhnlichen äussern halbbrüchigen Form (Seite 340.) abweichen, so ist dieß bloß der Ersparung des Raums wegen.

t) Die leeren Zwischenräume, welche hier mit Punkten bezeichnet sind, müssen, wenn man sich hiernach ein Formular drucken lassen will, die verhältnißmäßig nöthige Weite erhalten.

u) Der Punkt der Identität, Vertragsfähigkeit, Legitimation (nach Kap. 4.) wird hier zugleich erledigt.

v) Hier wird das Immobile mit seinen Zugehörungen summarisch aufgeführt, z. B. der Bauerhof Num. 9. zu Stein-

bisherige Besitzer hat das Immobile vermöge ..... w) eigenthümlich an sich gebracht, und ist übrigens in Ansehung der Veräusserungsbefugniß des Besitzers.....x).

Die Lasten und Abgaben, wie sie aus den vorliegenden ältern Kaufbriefen und Gerichtsbüchern hervorgehen und dem kaufenden Theile bekannt gemacht worden, sind folgende .....

Es verkauft nun der ... an den ... das bemerkte Immobile sammt allen seinen Zugehörungen an den ... für die Summe von ....., wegen deren Bezahlung unter den Contrahenten folgendes bedungen worden ist: ..... y).

Es wurden hiebei zuvörderst die Contrahenten von folgenden gesetzlichen Bestimmungen unterrichtet z):

1) Der Verkäufer muß dem Käufer für die vertragsmäßige Ueberkommung der Sache die Gewährschaft leisten, besonders daß dieser, es sey wegen verschwiegener Lasten, Eigenthumsbeschränkungen oder Schulden, kein mehreres für die erkaufte Sache zu

---

bach, wozu gehören: 1) an Gebäuden: ein zweigädiges Haus ꝛc. ꝛc. 2) an Grundstücken: 2 1/2 Tagw. Baumgarten, 36 Tagw. Aecker, 11 Tagw. Wiesen, 20 Tagw. Wald ꝛc. 3) an Gerechtigkeiten: die Schäfereigerechtigkeit auf den Fluren von Steinbach und Nesseldorf.

w) Erwerbs-Urkunde und Modalitäten.

x) "nichts" — oder: "folgendes" ꝛc. — zu erinnern.

y) Wenn es etwa hier im Formular am Raume fehlt, so wird dieß hinten ad. F. bemerkt, und so nach Gelegenheit hier oder dort ein Remissiv-Vermerk gemacht.

z) Wenn auch gleich bei vielen Kaufsfällen z. B. über ein einzelnes Grundstück mehrere dieser Belehrungen in dem gedruckten Schema ohne Anwendung seyn sollten, so sind sie darum doch nicht unnütz.

leisten vermüssiget werde, als er vertragsmäßig und nach dem stipulirten Kaufschillinge zu leisten übernommen hat.

2) Die Sache muß vollständig und mit allem Zugehör übergeben werden. Ist ein besonderer Anschlag gefertigt und ein Inventarium zum Grunde gelegt worden, so bestimmt dieses, was der Verkäufer zu übergeben hat.

3) Ist dieß aber nicht der Fall, oder in Bausch und Bogen verkauft worden, so kann der Käufer außer den mit der Sache unzertrennbar verbundenen (durch Band, Niet und Nagel befestigten) Stücken noch gewisse bewegliche Sachen als Zugehör in Anspruch nehmen, namentlich der Käufer eines Landgutes die Ueberlassung alles dessen, was zur Zeit des geschlossenen Kaufs in oder bei demselben vorhanden, und zum Nutzen oder zur Bequemlichkeit im Betriebe der Wirthschaft erforderlich oder dazu schon bisher im Gebrauche gewesen ist. Dahin gehören: das Zug-, Nutz- und junge Vieh, die Vorräthe an Früchten, Holz, Dünger ꝛc. — Zu den Pertinenzien eines Hauses gehören die zur Zeit des Kaufs vorhandenen Möbeln, und alles, ohne welches dasselbe nicht bezogen oder bequem bewohnt werden kann.

4) Ist ein Kauf in Bausch und Bogen, d. h. wie alles steht und liegt, abgeschlossen worden, so hat dieß die Folge, nicht nur

a) daß alles, was vorstehendermassen Pertinenzstück heißt, auch ohne besondere Erwähnung als mitverkauft zu betrachten ist, sondern auch b) daß vom Augenblick des unterzeichneten Contracts an, Nutzungen, Lasten und Gefahr auf den Käufer

fer übergehen, die sonst erst nach der Uebergabe ihn betroffen haben würden; endlich c) daß weder für Nutzung oder Ertrag, noch für das Ackermaß Gewährschaft geleistet wird, wenn sich bei allenfallsiger Messung auch ein Mehr oder Weniger ergeben sollte, als nach den Urbarien, älteren Kaufbriefen u. s. w. anzunehmen wäre.

5) Die verkaufte Sache geht mit allen Lasten auf den Käufer über, und derselbe muß für alle darauf haftende Verbindlichkeiten, namentlich für alle Hypothekschulden, haften, sie mögen ihm bekannt seyn oder nicht. Der Einwand, daß man das Kaufgeld an den Verkäufer bezahlt habe, um davon die Schulden zu berichtigen ꝛc. kann nur den Regreß an diesen begründen, keineswegs aber dem Dritten entgegengesetzt werden, der als Hypothekgläubiger oder sonst Ansprüche an die Sache hat.

6) Der Käufer kann, um wegen unbekannter Realansprüche gesichert zu seyn, ein Aufgebot nachsuchen a).

7) Es ist überhaupt eine sehr mißliche Sache, die Kaufgelder zu zahlen, bevor man von dem Realzustande des erkauften Immobile vollständige Ueberzeugung vor Gericht erlangt. Indessen kann sich der Käufer auch nicht durch bloße Zurückhaltung des Kaufschillings vor den nachtheiligen Folgen der Nichterfüllung des Vertrags schützen. Er kann vielmehr, wenn Gewährsmängel zum Vorscheine kommen, nur durch gerichtliche Erlegung einer mit denselben in Verhältniß stehenden Summe des zu zahlenden Kaufgeldes dem Nachtheile der Verzögerung ausweichen.

---

a) Wo schon ordentliche Hyp. Bücher eingeführt sind, kann sich der Käufer hier und ad 6. auf diese verlassen.

8) Der Käufer, welcher wegen der Sache von einem Dritten in Anspruch genommen wird, muß, wenn er Gewährleistung von dem Verkäufer fordern will, diesen zur Vertretung gerichtlich vorladen lassen (ihm litem denunciiren). Ist ein solcher Anspruch eines Dritten schon wahrscheinlich, so ist es rathsam, wegen der Schadloshaltung schon bei Vollziehung des Kaufvertrags Verabredungen zu treffen.

9) Der Käufer kann dem Rechte, Gewährleistung zu fordern, gültig entsagen. Dergleichen Entsagung darf aber nicht auf den Fall ausgedehnt werden, wenn der Verkäufer den Anspruch des Dritten gewußt, und ihn dem Käufer nicht angezeigt, oder wenn er diesen Anspruch durch seine eigenen Handlungen begründet hat.

10) Der Käufer muß, wenn nicht ein Anderes verabredet worden, gegen Empfang der Sache das Kaufgeld sofort bezahlen, selbst wenn Gewährsmängel oder Ansprüche eines Dritten zum Vorschein kommen. Er kann sich (siehe n. 7.) nur durch gerichtliche Hinterlegung eines verhältnißmäßigen Theils des Kaufgeldes sichern, sofern nicht der Verkäufer für die Vertretung hinlängliche Caution zu bestellen sich bereit erklärt.

11) Durch die von dem Käufer übernommene Zahlung der Schulden des Verkäufers für Rechnung des Kaufschillings wird der Verkäufer von seiner persönlichen Verbindlichkeit allein nicht frei; er wird nur frei a) durch die vom Käufer erfolgte Berichtigung, oder b) dadurch, daß die Gläubiger ausdrücklich, sich bloß an den Käufer und das erkaufte Gut halten zu wollen, erklären.

12) Mit dem erweislichen Einwande der Verletzung über die Hälfte, d. h. wenn der Verkäufer mit dem

festgesetzten Kaufpreise nicht die Hälfte des Werths der verkauften Sache erhalten, oder im entgegengesetzten Falle, wenn der Werth der Sache nicht der Hälfte des Kaufspreises gleichkommt, kann von dem verletzten Theil die Aufhebung selbst eines gerichtlich errichteten Kaufcontracts verlangt werden. Man kann aber auch diesem Einwand entsagen, wo man dann in der Folge damit nicht weiter gehört wird.

Die Contrahenten wurden hierauf aufgefordert, sich auf folgende Fragen zu erklären:

A. Haben die Contrahenten bei dem Kauf einen Anschlag oder ein Inventarium zum Grunde gelegt, oder ist der Vertrag in Bausch und Bogen geschlossen worden?

B. Welche Zugehörungen soll der Käufer mit der Sache erhalten? — Soll es nach den oben (Nro. 3. und 4. a) bemerkten gesetzlichen Bestimmungen gehen? oder soll der Käufer keine Dreingaben erhalten, als diejenigen, welche ausdrücklich benannt werden? — welche sind dieß?

C. Welche Zeit der Uebergabe ist bestimmt? von wo an sollen Nutzungen und Lasten auf den Käufer übergehen? (s. Nro. 4. b)

D. Sind dem Verkäufer ausser den angegebenen Lasten und Abgaben keine dergleichen, auch keine Ansprüche eines Dritten an die Sache bekannt?

E. Welche auf dem verkauften Immobile haftende Real-Schulden sind dem Verkäufer bekannt? Wie sollen sie getilgt oder der Käufer deßfalls vertragsmäßig sicher gestellt werden?

F. Was ist wegen Bezahlung des Kaufschillings ausgemacht worden? Welche Versicherung durch Eintragung oder sonst verlangt der Verkäufer deßhalb?

G. Verlangen die Contrahenten das oben (Nro. 6.) bemerkte Aufgebot und auf wessen Kosten soll es geschehen?

H. Steht Jemandem ein Vorkaufs- oder Einstands-Recht auf dem verkauften Immobile zu? und ist demselben von dem vorgegangenen Kaufe gehörige Anzeige gemacht worden?

I. Sind den Contrahenten nicht etwa schon Ansprüche eines Dritten bekannt, die Gegenstand einer Gewährleistung werden könnten? (Nro. 8.)

K. Soll dem Einwande der Verletzung über die Hälfte entsagt werden?

L. Was ist sonst noch unter den Contrahenten ausgemacht worden?

Nachdem die Interessenten vorstehendermassen genüglich belehrt worden, erklärten sie hierauf und zwar auf A. ꝛc. ꝛc.

Lit. B.

Zu §. 60. Seite 168.

Geschehen in dem königl. bayer. Landgericht Erlangen den 23. May 1820.

In Gegenwart
ꝛc. ꝛc.

Es ist der Bürger und Seilermeister Johann Caspar Hofmann aus Nürnberg, welcher, als dem Gericht unbekannt, von dem Gerichtsdiener Hausmann recognoscirt wurde, laut Unterschrift:

Joseph Anton Hausmann

heute vor dem Landgericht erschienen, und hat folgen-

des vorgebracht: Mein Vater, der Mühlbesitzer Jakob Hofmann zu Buch, ein Wittwer, hat 3 Kinder, nämlich mich, eine verheirathete Tochter, Anna Maria Weber zu Buch, und einen Sohn Johann Friedrich Hofmann, noch ledig, 26 Jahre alt. Er ist entschlossen, diesem meinen Bruder das Mühlgut verkäuflich abzutreten und zuschreiben zu lassen, welches dieser ohnehin wegen Kränklichkeit des Vaters bewirthschaftet. Auch will mein Vater bey dieser Gelegenheit zwischen uns, seinen 3 Kindern, eine Gleichstellungsberechnung herstellen. Nun ist aber dem K. Landgericht selbst bekannt, daß unser Vater leider seit mehreren Jahren an einer Gemüthskrankheit leidet, die ihn in Verbindung mit einem kränklichen Körper meistens verhindert, seinen Geschäften mit der erforderlichen Geistesfreiheit vorzustehen, jedoch zu Zeiten ganz nachläßt, so daß man nicht nur recht gut mit ihm auskommen kann, sondern derselbe auch in seinen Reden und Thun keine Spur von gestörtem Vernunftgebrauche verräth. Wegen dieser nur abwechselnd eintretenden Verstandes-Abwesenheit, und weil das Haushalten von dem jüngsten Sohn unter Beirath des im Hause sich aufhaltenden Vaters-Bruders Martin Hofmann geführt wird, ist bis jetzt die Zuordnung eines Curators nicht für nothwendig gehalten worden. In einem jener lichten Zwischenräume befindet sich mein Vater gegenwärtig wieder, und er hat gestern erklärt, das bemerkte Geschäft mit uns vornehmen zu wollen, auch selbst die Punkte aufgesetzt, welche bei der gerichtlichen Verhandlung zu Grunde zu legen. Ich bitte nun in seinem und meiner zwei Geschwister Namen das Geschäft bald möglichst vorzunehmen, jedoch zu dem Ende eine Deputation in meines Vaters Behausung abzuordnen, weil derselbe, da er an sich etwas schüchtern, seit seiner Krankheit aber dieses noch mehr geworden ist, besonders vor mehrern Perso-

nen oder wohl gar vor Gericht zu erscheinen sich sehr ungern entschließt. Eben deßwegen muß ich wünschen, daß die ärztliche Untersuchung seines dermaligen Gemüthszustandes, von deren Nothwendigkeit ich belehrt worden bin, mit möglichster Schonung erfolgen möge. Eine schriftliche Vollmacht habe ich übrigens nicht, doch hafte ich für die Genehmigung des erhaltenen Auftrags. Auf Befragen: welcher Arzt seinen Vater gewöhnlich behandele? versetzt Comparent, daß es der Landgerichts-Arzt D. Metzger sey. — Da derselbe sonst nichts weiter anzubringen hatte, so wurde ihm eröffnet, daß sich der Landrichter morgen früh um 8 Uhr mit dem D. Metzger auf der Mühle zu Buch einfinden werde, weßhalb er seinen Vater sowohl als seine Geschwister auf geeignete Weise in Kenntniß zu setzen, und sonst was zur ungehinderten Vornahme des Geschäfts erforderlich und ihm bekannt gemacht worden sey, zu veranlassen habe.

Vorgelesen, genehmigt und unterschrieben:

Johann Caspar Hofmann.

Von Landgerichtswegen wurde beschlossen, den Gerichts-Arzt Herrn D. Metzger br. m. durch Vorzeigung dieses Protokolls zu der bezielten Untersuchung zü requiriren.

geschehen wie oben

N. Landrichter

N. verpflicht. Protokoll-führer.

Geschehen vor einer Deputation des Landgerichts Erlangen, in der Mühle zu Buch am 24. Mai 1820. Vormittags 10 Uhr.

In Gegenwart

2c. 2c.

Dem Beschluß von gestern zu Folge haben sich heu-

te Morgens die neben benannten Gerichtspersonen hieher verfügt, um nach der nöthigen vorbereitenden Untersuchung, wovon das diesen Morgen mit Zuziehung des Gerichtsarztes aufgenommene Protokoll weitere Meldung thut, den Kaufcontract zwischen dem Mühlbesitzer Hofmann und seinem jüngsten Sohn, so wie die hierbei mit zu verhandelnde Auseinandersetzung des Vaters mit den Kindern zum Protokoll aufzunehmen. Hierbei haben sich vor der Gerichtsdeputation folgende, derselben persönlich bekannte, Personen eingefunden:

1) der Gerichtseingesessene Müllermeister Jakob Hofman, ein Wittwer, 66 Jahre alt;

2) der Bürger und Seilermeister Joh. Caspar Hofmann aus Nürnberg,

3) Anna Maria Weber, geborne Hofmann, Ehefrau des miterschienenen

4) Bäckers und Gastwirths Nicolaus Weber von hier,

5) Johann Friedrich Hofmann, 26 Jahre alt, Müllergeselle;

6) der Bruder des ersten, der im Hause sich aufhaltende ledige Müllergeselle, Martin Hofmann, 56 Jahre alt, Beistand seines Bruders.

Die unter 2, 3, 5 Benannten sind die einzigen Kinder des Müllermeisters Hofmann, und sämmtlich vertragsfähig, wovon man sich in Beziehung auf letztern durch die heute erfolgte vorbereitende Untersuchung, und rücksichtlich der übrigen aus längerer Kenntniß ihrer Verhältnisse überzeugt hat. — Der ꝛc. Jacob Hofmann erklärt, daß aus Auftrag von ihm sein ältester Sohn gestern vor Gericht erschienen sey, und um die Abordnung einer Gerichtsdeputation zum Zwecke der Aufnahme der beabsichteten kaufsweisen Ueberlassung seiner Mühle an seinen jüngsten Sohn und der Berechnung und Auseinan-

dersetzung mit seinen Kindern überhaupt nachgesucht habe. Auch sey dieses noch jetzt sein unveränderter Entschluß. —

Da sich vermöge der besondern Untersuchung in Ansehung der Geistes- und Willensfreiheit des Jacob Hofmann die erforderlichen befriedigenden Resultate ergeben haben; so fand man keinen Anstand mit Zugrundlegung der von dem Jacob Hofmann vorgelegten Punktation das Geschäft folgendermassen zu Protokoll aufzunehmen:

2c. 2c.

Lit. C.

Zu §. 71. Seite 198.

Geschehen vor einer Deputation des Landgerichts Erlangen, Neuhof den 6. April 1820.

Gegenwärtige
der K. Landgerichts-Assessor
Meyer,

der verpflichtete Protokollführer Redlich.

In der Prozeßsache des Müllers Johann Adam Höflich hieselbst wider die Gemeinde, Antheil an zu vertheilenden Gemeindegründen betreffend, hat die nebenbenannte Deputation aus Auftrag des Gerichtsvorstandes auf heute einen Termin anberaumt und sich hieher verfügt, in der Absicht, dem Ansuchen des Gemeindevorstehers Hartmann gemäß, eine Vollmacht für den Anwalt der Commune, Advokaten Heinrich Adolph Berger aus Nürnberg, aufzunehmen, und es sind hierzu

die sämmtlich nachbenannten Gemeindeglieder, bis auf zwei, nämlich

2c. 2c.

welche verreist sind, laut der von jedem präsentirten Circularladung gehörig vorgeladen worden. Die Genehmigung der Communal-Curatel zur Prozeßführung ist der Gemeinde im verfassungsmäßigen Wege ertheilt worden, und liegt fol. 15. urschriftlich bei den Akten.

Die hiesige Gemeinde besteht nach der von dem Vorsteher vorgelegten Rolle aus 107 wahlberechtigten Gemeindegliedern. Darunter sind aber 35, welche nur steuerbare Gewerbe treiben und besteuerte Gründe in der Flur ohne ein Haus besitzen, oder s. g. Schutzverwandte (Einlieger), und 6, nämlich in den Hausnummern 79 bis 84, welche s. g. Neuhäuser ohne Gemeinderecht besitzen, also daß nur 66 übrig bleiben, welche ein s. g. Gemeinderecht oder Antheil an den zu vertheilenden Gemeinde gründen haben, und somit bei diesem Rechtsstreite betheiligt sind.

Diese sind nach Ordnung der Häusernummern folgende:

Fortlauf. Nummer	Hausnummer	
1	1	Johann Adam Bär, Schmiedmeister,
2	2	Georg Schwarz, Bauer,
—	3	dessen Nebenhaus,
3	4	Lorenz Heinrich Fink, Bauer,
—	5	das Pfarrhaus,
4	6	Franz Prügel, Wagner,
—	7	Nebenhaus des Fink num. 3.
		2c. 2c.
66	78	Philipp Reinhard, Bauer,
	79—84	die oben bemerkten sechs Neuhäuser ohne Gemeinderecht.

Die hier benannten 66 Gemeindeglieder waren sämmtlich gegenwärtig bis auf nachbenannte sieben, wegen deren Nichterscheinens folgende Ursachen angeführt wurden: ad num. 8. u. 15. Ziegler und Leikauf sind, wie oben schon bemerkt worden, verreist; ad num. 10. u. 25. Dorn und Meier sind krank; ad num. 37. Höflich ist ein Bruder des Klägers, und nimmt an dem Streite keinen Theil; ad num. 39. und 57. Müller und Habermeier sind aus unbekannten Ursachen ausgeblieben.

Die erschienenen 59 Gemeindeglieder haben zwar nicht gleichen Antheil an den zu vertheilenden Gemeindegründen, indem einige derselben ein doppeltes, andere dagegen nur ein halbes, einige nur ein Viertel Gemeinderecht haben; da sie aber alle bei dem Ausfall betheiligt sind, welcher entstehen würde, wenn der Kläger den Prozeß gewänne; so treten sie sämmtlich als Streitgenossen auf. Sie erklären auch einstimmig, daß sie zur Vollführung des Rechtsstreits, in Sachen des Müllers Höflich wider die Gemeinde Neuhof, wegen Antheils an zu vertheilenden Gemeindegründen, den königlichen Advokaten Herrn Heinrich Adolph Berger zu Nürnberg zu ihrem Anwalt und Syndikus bei dem königlichen Landgericht Erlangen, oder wohin die Sache sonst rechtlicher Ordnung nach gelangen möchte, erwählt hätten, auch denselben kraft dieß dergestalt bestellt und bevollmächtigt haben wollten, daß Er in dieser Sache an ihrer Statt vor Gericht erscheinen, ihre Rechtszuständigkeiten nach den Regeln des Prozeßganges wahrnehmen, und alles dasjenige thun und verhandeln solle, was die Gerichte von dem Bevollmächtigten einer abwesenden Partei fordern, und was nach Vorschrift der Prozeßordnung in dem Umfange der Befugnisse eines General-Bevollmächtigten liegt, welches alles als von ihnen selbst geschehen hiermit zum voraus

genehmigt seyn solle: auch solle in dieser Bevollmächtigung ausdrücklich die Befugniß begriffen seyn, gegen die ergehenden Entscheidungen die zulässigen Rechtsmittel einzuwenden, die Vollstreckung der rechtskräftigen Erkenntnisse nachzusuchen, auch im Verhinderungsfalle einen andern Anwalt zu substituiren. Uebrigens werde gedachtem Herrn Mandatar dieses Auftrags halber, wie sich von selbst verstehe, unter Haftung Eines für Alle und Aller für Einen vollständige Schadloshaltung hiermit zugesichert.

Anlangend die Befugnisse 1) Haupteide zu erlassen oder als abgeleistet anzunehmen, 2) dem Prozesse oder dem eingewandten Rechtsmittel zu entsagen, 3) Vergleiche zu schließen, 4) Gelder, ausser den bloßen Prozeßkosten zu erheben und darüber zu quittiren: So behielten sie sich hierüber ihre Entschließung bevor. Weil indessen die Aufnahme der Erklärung der ganzen Gemeinde mit Schwierigkeiten und Kosten verknüpft sey; so wollten sie hiermit den verfassungsmäßig bestellten Gemeinde-Ausschuß, nämlich den ꝛc. ꝛc. autorisiren, die Specialbevollmächtigung auf eine oder die andere, oder sämmtliche bemerkte Befugnisse für den Herrn ꝛc. Berger oder einen Andern zu beschließen und Namens der Gemeinde zu ertheilen [b]).

Da sich im übrigen nichts zu erinnern fand, so wurde dieses Protokoll vorgelesen und nach erfolgter Genehmigung, mit dem Ansuchen, nunmehr die Ausfertigung des Syndikats zu verfügen [c]), unterschriftlich vollzogen, wie folget:

(Unterschriften).

---

b) Diese Maßregel ist für den angegebenen Zweck sehr nützlich.

c) Dieß erfolgt, wie bei jeder andern Urkunden-Ausfertigung (§. 129.). Doch kann auch sofort das Original-Protokoll, wenn es zu den Prozeß-Akten gelegt wird, die Stelle der Ausfertigung vertreten.

Lit. D.

Zu §. 81. Seite 223.

Auszug

aus einem Kaufverlautbarungs-Protokoll.

2c. 2c.

Von Gerichtswegen bemühete man sich aus allen Kräften, die zwischen dem A und B wegen der Bezahlung der Kaufgelder sich ergebene Meinungsverschiedenheit zu heben. Der Verkäufer A beharrte aber darauf, daß der Kaufschilling, nachdem schon vor 8 Tagen vorläufig die Uebergabe des verkauften Hauses erfolgt sey, ohne weiteres erfolgen müsse. Dagegen berief sich der Käufer B auf eine angeblich mündliche Zusage des A, wornach der Kaufschilling nur zur Hälfte mit 3000 fl. sofort baar bezahlt, der Rest aber noch ein halbes Jahr stehen bleiben solle. Da nun die gütliche Vermittelung durchaus fehl schlug, so wurde den beiden Betheiligten eröffnet, daß bis zur rechtlichen Entscheidung der Differenz das Geschäft der Kaufvertragsvollziehung einstweilen auf sich beruhen müsse. Demjenigen von ihnen, welchem an der Beendigung dieser Angelegenheit vornämlich gelegen sey, bleibe es überlassen, den Weg Rechtens sofort mit einer Klage zu betreten.

Der A äussert, das wolle er heute noch, und bäte seine Klage sogleich zum Protokoll aufzunehmen. Es wurde ihm zu willfahren beschlossen, unterdessen aber die gegenwärtige Verhandlung nach vorgängiger Vorlesung und Genehmigung unterschrieben.

(Unterschriften).

Lit. E.

Zu §. 85. Seite 233.

Auszug
aus dem Protokoll über den gerichtlich verlautbarten Ehe- und Erbvertrag zwischen ꝛc. ꝛc.

Da die Contrahenten sonst nichts mehr zu erinnern hatten, so wurde denselben von dem Gerichts-Deputirten in Beziehung auf den §. VI. folgendes vorgestellt:

Es sey von ihnen festgesetzt worden, daß der Rückfall, welcher auf den kinderlosen Todesfall unter Jahr und Tag nach der Trauung zum Besten der Verwandten des mit Tod abgehenden Ehegatten bedungen worden, wegfallen und ein Ehegatte den andern allein beerben solle, wenn die Ehe länger als Jahr und Tag dauere. Diese Festsetzung fordere zu ihrer Gültigkeit die Einwilligung der Aeltern der Braut (der Bräutigam ist älternlos) als Notherben. Da aber nur der Vater erschienen ist und in seinem und seiner, wegen Krankheit nicht zur Stelle gekommenen, Frau Namen die Einwilligung zu der vorbemerkten Verabredung gegeben und auf sein und seiner Frau eventuelles Erbrecht Verzicht geleistet hat; so fordert die Gesetzmäßigkeit und die Sicherheit der Contrahenten, daß auch jene, als die Mutter der Braut, den Verzicht vor Gericht förmlich erkläre. Daran müsse nun vor allen dem Bräutigam liegen, und er habe daher dafür zu sorgen, daß seine künftige Schwiegermutter entweder hieher vor Gericht gebracht oder durch eine in deren Wohnort abzuordnende Deputation vernommen werde. Ausserdem sey der künftige Ehemann, der nach der Lage der Umstände allein betheiligt erscheine, nicht für alle mögliche Fälle gesichert, und sein ausschließliches Erbrecht nach den

Um=

Umständen nur von dem guten Willen seiner Schwiegermutter abhängig.

Es erklärte aber der Bräutigam: er sehe dieses zwar wohl ein, sey aber von der dauernden guten Gesinnung seiner künftigen Schwiegermutter so gut überzeugt, daß er deren gerichtliche Vernehmung nicht verlange, vielmehr auf seine Gefahr sie zu unterlassen bitte.

ꝛc. ꝛc.

Lit. F.

Zu §. 92. Seite 250.

Actum Erlangen im Landgericht den 19. August 1820.

In Gegenwart

ꝛc. ꝛc.

ꝛc. ꝛc.

Der hiesige Gerichtseingesessene, Bauer Johann Jacob Ehrmann von Uttenreuth hat laut Schuld- und Hyp. Verschreibungs-Protokolls vom 14. d. M. ein Darlehen von 3000 fl. von der Kirchenstiftung zu Kalchreuth aufgenommen, um damit die auf seinem Hofgute Num. 3. haftenden 1800 fl. an den Bierbrauer Bast dahier, und 1200 fl. an den Großpfragner Mühlbauer zu Nürnberg abzutragen. Um nun dieses Darlehen und die Verschreibung, dann die Eintragung des Vorlehens der 3000 fl. ordnungsmäßig zu realisiren, hat man mit dem ꝛc. Ehrmann und der Kirchenstiftung das Nöthige verabredet, und es haben sich heute vor Gericht eingefunden:

der Bauer Johann Jacob Ehrmann,
der Kirchenstiftungs-Pfleger Franz Haas von Kalchreuth,
der Bierbrauer Conrad Bast,

sämmtlich dem Gerichtsdeputirten wohl bekannt, und der Haas insonderheit nach den Akten als Kirchenpfleger hinlänglich legitimirt. Das Geschäft wurde nun folgendermassen verhandelt:

I. Erlegte der ꝛc. Haas das Vorlehen der 3000 fl. folgendermassen:

1200 fl. mit dem vor dem königl. Kreis- und Stadtgericht Nürnberg unter dem 17ten d. M. gerichtlich ausbezahlten Kapital, laut quittirten Hypotheken-Instruments des Großpfragners Peter Friedrich Mühlbauer zu Nürnberg d. d. Erlangen den 2. Febr. 1814. Die Zinsen hat der Schuldner Ehrmann aus eigenen Mitteln berichtigt.

1800 fl. wurden von dem ꝛc. Haas baar aufgezählt, und zwar

1000 fl. in Kronenthalern zu 2 fl. 42 kr.
700 fl. in Conventions 24 kr. Stücken,
100 fl. in 12 kr. Stücken.

II. Der ꝛc. Bast hat zu fordern 1800 fl. Kapital auf Hyp. Instr. d. d. Erlangen den 5. Nov. 1812. zu 5 Prozent und 67 fl. 30 kr. ¾ jährige Zinsen zu 5 Proz. Derselbe ist bereit, gegen Empfang des Kapitals über die ganze Schuld mit Rückgabe des Obligations-Instruments zu quittiren und in die Löschung im Hyp. Buch zu willigen, indem er sich wegen der Zinsen, mit Begebung jedes Anspruchs an das ihm verpfändet gewesene Gut lediglich an die Person des ꝛc. Ehrmann halten, auch demselben die gebetene Nachsicht auf 4 Wochen gestatten will.

Nach erfolgter Quittirung auf dem zurückgegebenen Instrumente wurden dem Bast die 1800 fl. baar zu Handen gestellt.

III. Der Ehrmann stellt nun das Ansuchen:

1) die beiden Posten von 1200 fl. und 1800 fl. im Hyp. Buche zu löschen, und

2) nach zurückbehaltenen Abschriften der Quittungen ihm die getilgten Instrumente zurückzugeben;

3) das Darlehen von 3000 fl. der Kirchenstiftung zu Kalchreuth auf seinen Hof N. 3. zu Uttenreuth gemäß des, auf den Grund des Schuld = und Hypothekverschreibungs = Protokolls vom 14. Aug. curr. und des heutigen Protokolls auszufertigenden Obligations = Instruments in das Hyp. Buch einzutragen, und dem Instrument den Recognitions = Hypothekenschein beizufügen, bis dieß erfolgt seyn werde aber

4) dem Stiftungspfleger Abschrift des heutigen Protokolls statt Interimsquittung einzuhändigen.

Auch der Bierbrauer Bast erbat sich Abschrift dieses Protokolls.

Da sich sonst nichts zu erinnern fand, so wurde dieses Protokoll vorgelesen, und nach erfolgter Genehmigung unterschrieben.

(Unterschriften.)

Lit. G.

Zu §. 94. Seite 253.

Aus

der allgemeinen Gerichtsordnung für die preuß. Staaten.

Th. II. Tit. 2.

§. 37.

Wenn einer oder beide Theile, welche die Handlung vornehmen wollen, der deutschen Sprache nicht

mächtig sind, so kommt es darauf an: ob die beiden Gerichtspersonen, von welchen die Handlung aufgenommen wird, die fremde Sprache der Parteien hinlänglich verstehen, und sich darin verständlich ausdrücken können; oder ob es diesen, oder auch nur einem von ihnen, an einer solchen Kenntniß und Fertigkeit ebenfalls ermangle. Erstern Falls kann der Actus von diesen Gerichtspersonen allein gültig vorgenommen werden. Letztern Falls hingegen, wie auch überhaupt, wenn eine der deutschen Sprache nicht mächtige Partei es verlangt, muß, ausser dem Richter und Protokollführer, auch noch ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden. Dieser muß die Anträge der Parteien in der Sprache, deren sie mächtig sind, von ihnen aufnehmen, sie dem Richter in der deutschen Sprache erklären, nach seiner Anweisung die Parteien weiter vernehmen, und solchergestalt die zur gehörigen Vollziehung des Actus nöthigen Nachrichten und Willenserklärungen herbeischaffen. Wenn alsdann der Richter zur Aufnehmung des Protokolls schreitet, so muß zu gleicher Zeit, da er dasselbe dem Protokollführer deutsch in die Feder dictirt, der Dolmetscher eben dasselbe in der Sprache der Parteien niederschreiben; diese Uebersetzung muß demnächst den Parteien vorgelesen, und von ihnen, mit dem deutschen Protokolle zugleich, unterzeichnet werden. Eben so muß, wenn beide der fremden Sprache hinlänglich mächtige Gerichtspersonen den Actum ohne Dolmetscher vornehmen, die Verhandlung von der einen in der deutschen und zugleich von der andern in der fremden Sprache niedergeschrieben, mit der Vorlesung und Unterzeichnung aber es eben so, wie in dem vorgedachten Falle, gehalten werden.

§. 38.

Daß bei Aufnehmung der Testamente von Personen, welche der deutschen Sprache nicht kundig sind,

zwei Dolmetscher, oder wenigstens Ein Dolmetscher und Ein Zeuge zugezogen, und wie überhaupt dabei verfahren werden müsse, ist im Landrechte vorgeschrieben (Th. I. Tit. XII. §. 124 — 142.).

§. 39.

Bei Handlungen unter Lebendigen ist die Zuziehung Eines Dolmetschers hinreichend, wenn eine der contrahirenden Parteien der deutschen Sprache mächtig; oder wenn eine der Gerichtspersonen der fremden Sprache kundig ist; oder wenn der Gegenstand nur hundert Thaler oder weniger beträgt; oder wenn beide der deutschen Sprache unkundige Parteien sich über einen gemeinschaftlichen Dolmetscher vereinigen. Ausser diesen Fällen müssen, wenn zwei oder mehrere Parteien nicht Deutsch verstehen, eben so wie bei Testamenten, zwei Dolmetscher, oder doch Ein Dolmetscher und Ein Zeuge zugezogen werden.

§. 40.

Bei größern Gerichten, wo die Fälle, daß Handlungen in einer fremden Sprache aufzunehmen, und Uebersetzungen aus einer solchen Sprache zu veranstalten sind, öfter vorkommen, müssen dazu ordentliche Dolmetscher förmlich bestellt und ein für allemal vereidet werden. Die Gerichte müssen dazu Subjecte aussuchen, die wegen ihrer Kenntniß der fremden Sprache, so wie in Ansehung ihrer Rechtschaffenheit und untadelhaften Aufführung, in allgemein gutem Rufe, oder mit glaubwürdigen Attesten versehen sind. Diese Subjecte müssen von Männern, deren Sprachkenntniß unbezweifelt ist, ordentlich geprüft; diese Prüfung aber nicht bloß darauf: ob der Candidat die fremde Sprache nur nothdürftig verstehe und sprechen könne, sondern darauf gerichtet werden: ob seine Kenntniß beider Sprachen

dergestalt vollständig und gründlich sey, daß er nicht bloß in alltäglichen Geschäften des gemeinen Lebens, sondern auch in wichtigern und minder gewöhnlichen Fällen, den Sinn der Parteien, oder den Verstand der Documente richtig fassen, und dem Richter eben so, zuverlässig und bestimmt, erklären und darlegen könne. Dergleichen Dolmetscher müssen von Obergerichten dem Chef der Justiz, von Untergerichten aber dem Landes-Justizcollegio der Provinz, mit Beifügung der beigebrachten Atteste, und des Examinationsprotokolls vorgeschlagen und nach erfolgter Approbation dahin vereidet werden:

daß sie die in der fremden Sprache vorgetragenen Angaben, Erklärungen und Antworten der Parteien, ingleichen den Inhalt der in dieser Sprache abgefaßten Schriften und Urkunden, in die deutsche Sprache; eben so aber auch die den Parteien vorzulegenden Fragen, Bekanntmachungen und Andeutungen, oder den solchen Parteien zu eröffnenden Inhalt deutscher Schriften und Documente aus der einen in die andere Sprache treu, richtig, vollständig, ohne etwas dazu oder davon zu thun, übersetzen, und mit gewissenhafter Sorgfalt dahin sehen wollen, daß in jedem Falle der wahre Sinn, und die eigentliche Meinung der Parteien, oder der wahre Inhalt der zu übersetzenden Schriften, dem Richter, so wie die Aeusserungen und Erklärungen des Richters, den Parteien bekannt werden.

§. 41.

Bei Gerichten, wo keine beständige vereidete Dolmetscher angestellt sind, muß der in jedem besondern Falle zuziehende Sprachkundige von dem Richter, mit Beihülfe eines Sachverständigen, geprüft, und mit vor-

stehendem Eide, nach Beschaffenheit des Falles selbst, belegt werden.

Lit. H.

Zu §. 103. Seite 282.

Belehrung

einer Frauensperson bei Interceſſionen

und zwar:

I. Bei Verſchreibungen für ihren Mann als Mitſchuldnerin.

ꝛc.

Hierauf iſt der Ehefrau des Schuldners in Gegenwart des mit zur Stelle gebrachten rechtlichen Beiſtandes, Notars Henrici, die vorgeſchriebene Belehrung und Verwarnung dahin geſchehen:

wenn eine Ehefrau für ihren Mann ſich verbürge, oder mit ihm und zu deſſen oder auch zum gemeinſchaftlichen Beſten eine Verbindlichkeit übernehme; ſo habe dieß keine Gültigkeit, wofern es nicht, wie hier, gerichtlich, und nach vorgängiger genüglicher Belehrung über die Folgen einer ſolchen Verſchreibung geſchehe. Dieſe Folgen wären: daß dem Gläubiger frei ſtehe, ſich an ihr eigenthümliches Vermögen wegen des vorgeliehenen Kapitals, der Zinſen und Koſten eben ſo gut zu halten und ſich daraus bezahlt zu machen, als aus dem Vermögen ihres Ehemannes. Ferner gelte ſonſt zwar die rechtliche Vermuthung: wenn eine Manns- und Frauensperſon ſich in einem Inſtrumente als Selbſt- oder Mitſchuldner verpflichtet haben, ſo ſey die Mannsperſon Hauptſchuldner, die Frauensperſon

aber nur Bürge, diese Vermuthung käme ihr aber hier nicht mehr zu Statten; der Gläubiger sey auch befugt, ihr, der Ehefrau, Vermögen eher als das besonders verpfändete Grundstück, oder das Vermögen ihres Ehemannes anzugreifen; sie könne kein Vorzugsrecht in den Gütern ihres Ehemannes, noch eine vorzügliche Befriedigung aus demselben verlangen, bevor dieses Anlehen mit Zinsen und deßhalb verursachten Kosten getilgt wäre; auch sey endlich der Gläubiger berechtigt, im Fall er aus dem verpfändeten Vermögen nicht befriedigt werden könne, sich an ihre Person selbst zu halten, und sie, gleich ihrem Manne, so lange zum Gefängniß bringen zu lassen, bis er seine völlige Befriedigung an Kapital, Zinsen und allen Kosten erhalten habe.

Sie wisse nun die Folgen ihrer Verschreibung, und könne, wenn sie wolle, jetzt noch zurücktreten.

Dieselbe hat hierauf erklärt: ꝛc. ꝛc.

II. Bei Bürgschaftsleistungen.

ꝛc. ꝛc.

Die Sempronia wurde in Gegenwart ihres Rechtsbeistandes belehrt:

durch eine Bürgschaftsleistung übernimmt man die Verpflichtung, für die Schuld eines Andern zu haften, wenn dieser, als der Hauptschuldner, selbige nicht bezahlen sollte. Es kann sich zwar der Gläubiger an den Bürgen in der Regel nicht eher halten, als bis der Hauptschuldner, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, ganz oder zum Theil unvermögend ist; der Bürge hat also, wenn er früher in Anspruch genommen wird, den Einwand, daß der Hauptschuldner zuerst angegriffen werden müsse, welches man den Einwand der Vorausklagung

nennt. Der Gläubiger kann sich jedoch zuerst an den Bürgen halten, wenn dieser auf jenen Einwand verzichtet, oder auch sich als Selbstschuldner verpflichtet hat.

Es ist also die Uebernahme einer Bürgschaft ein sehr bedenkliches Unternehmen, und die Gesetze haben aus gewissen Rücksichten die Bürgschaft einer Frauensperson in der Regel für unverbindlich erklärt. Nur dann solle sie verbindliche Kraft haben, wenn die Frauensperson, wie hier geschehen, über die Folgen einer Bürgschaft und die deßfallsigen gesetzlichen Begünstigungen des weiblichen Geschlechts vor Gericht belehrt worden, und dann auf diese Begünstigungen (weibliche Rechtswohlthaten) Verzicht gethan hat, was natürlich durchaus von ihrem freien Entschlusse abhängt.

Hierauf wurde die Sempronia gefragt, was nun ihr Entschluß sey? Worauf dieselbe erklärte: ꝛc. ꝛc.

III. Bei hypothekarischen Prioritäts-Einräumungen.

ꝛc. ꝛc.

Der Tullia wurde hierauf in Gegenwart ihres Beistandes, des Notars Schilter, folgendes vorgehalten:

Sie haben so eben die Erklärung gemacht, daß Sie dem Kaufmann Mevius rücksichtlich seines Hypothekvorlehens an Ihren Bruder von 1500 fl. das Vorzugsrecht vor Ihrer eingetragenen Erbgutforderung von 1200 fl. einräumen, und dieses Vorzugsrecht in das Hyp. Buch eintragen lassen wollten. Auf dem Ihnen verhypothezirten Hause ihres Bruders haften folgende Schulden:

1) 2000 fl. Darlehen der Papierfabrikanten-Witwe Caja,
2) 1200 fl. Ihr Erbgut,
3) 1500 fl. Darlehen des rc. Mevius,

4700 fl. Summa. Wenn sich nun über kurz oder lang ergäbe, daß aus dem Hause keine 4700 fl. und was die rückständigen Kapitalzinsen etwa noch weiter betragen, erlöst würden; so würde der Verlust zuerst den Mevius treffen, und dann erst Sie. Nach Ihrer Erklärung aber, wornach Sie dem Mevius vor Ihrer Forderung das Vorrecht bewilligen, ist dieß nun ganz anders. Der Verlust trifft Sie zuerst; denn Mevius rückt Kraft jener Erklärung in die zweite Stelle und Sie in die dritte, und weil bei der Unzulänglichkeit der Masse die Gläubiger nach der Ordnung der Eintragung befriedigt werden, und der folgende nicht eher zur Hebung gelangt, bis der vorhergehende auf Kapital und privilegirte Zinsen befriedigt ist; so ist klar, daß die Einbuße nun zunächst Sie trifft, und Sie sich also eines wichtigen Vorrechts begeben. Sie haben nun noch die Freiheit, obige Erklärung sich reuen zu lassen und sie zurückzunehmen; späterhin aber, und wenn Sie jetzt darauf beharren, nicht mehr. rc. rc.

Lit. I.

Zu §. 109. Seite 306.

Resolution.

Ehe auf den zum Protokoll vom 5. d. M. gemachten Antrag weitere Entschließung erfolgen kann, hat die Bäckerswittwe Kraus folgende Anstände zu beseitigen:

1) was den Tauschvertrag mit dem Bierbrauer Lauterbach anlangt, so ergibt sich aus dem Hyp. Buche, daß der Lauterbach dieses Grundstück bei der Theilung des älterlichen Nachlasses mit seinem Bruder und Miterben Johann Lauterbach unter der Bedingung des Wiederverkaufs binnen 3 Jahren am 15. Jul. 1818. für 700 fl. angenommen. Diese Frist ist noch nicht abgelaufen, auch der Wiederkaufsvorbehalt noch nicht im Hyp. Buche gelöscht. Daher muß dieser Anstand vor allen Dingen beseitigt werden, indem derselbe dem Uebergange des Eigenthums auf die ꝛc. Kraus im Wege steht.

2) Da die an den Lauterbach zu vertauschende Wiese der ꝛc. Kraus gleich ihren übrigen Besitzungen für das Kaufmann Schneiderische Vorlehen der 2000 fl. und für das Vatergut ihrer Kinder mit verpfändet ist, so ist, wenn dem Lauterbach das Grundstück schuldenfrei übergeben werden soll, erforderlich, daß die Hypothekengläubiger ihres Rechts darauf förmlich sich begeben.

3) Um wegen Auszahlung der 1200 fl. Peculium ihrer Kinder als Vorlehen das Weitere beschließen zu können, ist vor allen eine nähere Prüfung der angebotenen Sicherheit mit Zuziehung des Vormundes Specht erforderlich; auch hat die ꝛc. Kraus ihren Bruder ꝛc. Nagel mit zur Stelle zu bringen, und derselbe sich wegen der Tüchtigkeit der von ihm aufrecht zu machenden Caution gebührend auszuweisen. Da es hierbei auf seine Begüterung ankommen wird, so hat er von dem Patrimonialgericht Buckenhof, wohin dessen Mühle gehört, vorsorglich einen Informations-Hypothekenschein beizubringen.

Um diese Angelegenheiten gehörig zu instruiren, hat sich nun die Bäckerswittwe Kraus mit dem Bierbrauer Lauterbach, dem Vormund Specht und dem Müller Nagel am 10. Aug. Morgens 8 Uhr vor dem Landgericht

einzufinden und den benannten Personen so wie dem Kaufmann Schneider zu Nürnberg von dieser Verfügung Kenntniß zu geben. Der Letztere kann den Umständen nach seine Erklärung vor seiner Gerichtsbehörde abgeben, wovon sodann beglaubte Abschrift vorzulegen ist.

Erlangen am 18. July 1820.

K. bayer. Landgericht.

An
die Bäckerswittwe
Dorothea Kraus
zu
Baiersdorf.

Lit. K.

Zu §. 109. Seite 306.

Geschehen Erlangen im Landgericht
am 10. August 1820.

In Gegenwart
ꝛc. ꝛc.

Zur Befolgung des Decrets vom 18. Juli wegen Substantiirung des von der Bäckerswittwe Kraus aus Baiersdorf angezeigten Wiesentausch- und Geldaufnahm?-Geschäfts sind heute vor Gericht erschienen:

1) die Bäckerswittwe Dorothea Kraus aus Baiersdorf,

2) der Schuhmachermeister Heinrich Roth von da, als Beistand derselben,

3) der Färbermeister Friedrich Specht aus Erlangen, Vormund der Krausischen Kinder,

4) der Bierbrauer Wolfgang Lauterbach aus Bubenreuth,

5) der Müller Adam Nagel aus Buckenhof.

Sämmtliche Comparenten, bis auf den Beistand Roth, welchen jene als denjenigen, wofür er angegeben ist, recognosciren, sind dem Gericht persönlich bekannt.

Nach Eröffnung des Zwecks der heutigen Verhandlung erklären sämmtliche Erschienene daß sie davon zur Genüge unterrichtet seyen, und die Wittwe Kraus wiederhohlt ihren am 16. July zu Protokoll gemachten Antrag, welchem der Bierbrauer Lauterbach, so weit er ihn angeht, beitritt, indem er den fraglichen Wiesentausch-Contract als mit der Wittwe Kraus vorläufig auffergerichtlich verabredet, bekräftigt. Derselbe erklärt ferner: was den Wiederverkaufsvorbehalt meines Bruders Johann Lauterbach anlangt, so wird die Löschung desselben im H. B., worauf ich hiermit den Antrag mache, keinem Bedenken unterworfen seyn. Denn mein Bruder ist laut des Todtenscheins, den ich hier zu den Akten übergebe, am 10. Jan. h. J. gestorben, und weil er keine letztwillige Verordnung errichtet hat, bin ich als einzig nächster Verwandter sein Erbe geworden; habe auch seine Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten. Ich stelle dem Gericht anheim, die Notorietät dieses Umstandes allenfalls durch Vernehmung des Gemeindevorstehers näher zu erheben, der heute gerade hier ist.

Man ließ den G. V. Börner vorkommen, und vernahm ihn von kurzer Hand, welcher pflichtmäßig bekundet, daß der am 10. Jan. 1820 gestorbene Joh. Lauterbach neben dem Bierbrauer Wolfg. Lauterbach keine nähere oder gleichnahe Verwandte hinterlassen, auch soviel man erfahren, letztwillig nicht disponirt habe, weßhalb der Wolfg. Lauterbach dessen Verlassenschaft ausschließ-

lich und allein in Besitz genommen, ohne ein Inventarium zu errichten.

Vorgel. genehm. u. unterschrieben.
Severinus Börner.

Entfernt sich; worauf der rc. Lauterbach noch bemerkt, daß er, was die von der Wittwe Kraus eingetauschte Wiese anlange, erwarte, daß sie ihm schuldenfrei übergeben werde.

Die rc. Kraus läßt sich vernehmen: diese Bedingung kann und werde ich erfüllen. Nach der hier von mir übergeben werdenden beglaubten Abschrift einer Erklärung des Kaufmanns Schneider vor dem K. Stadtgericht Nürnberg zum Protokoll vom 4. Aug. d. J. spricht derselbe das 1. Tagw. Wiese von dem Hypothekverband für sein Darlehen von 2000 fl. frei, und das Stadtgericht hat dieß auf der Obligations-Urkunde bemerkt. Daher bitte ich, das Darlehen auf dem 1. Tagw. Wiese zu löschen. Da sich der rc. Schneider dagegen vorbehalten hat, daß das Darlehen auf die eingetauschten 1½ Tagw. Wiese zur Wiederergänzung seiner Hypothek eingetragen werde; so bitte ich das Landgericht ferner, das Geeignete sowohl dießfalls, als wegen gleichmäßiger Umschreibung der Hypothek meiner Kinder zu verfügen, indem der Vormund derselben wohl einsieht, daß er bei diesem Tausche eher gewinnt, als verliert.

Der Vormund Specht erklärt, in Hoffnung der Genehmigung der Obervormundschaft, willige ich ein, daß der väterliche Voraus der Krausischen Kinder auf dem 1 Tagw. Wiese gelöscht und hiernächst auf die 1½ Tagw. intabulirt werde.

Da nunmehr der Tauschcontract zwischen der Wittwe Kraus und dem rc. Lauterbach keinem Anstande weiter unterworfen, für heute aber zu dessen förmlicher

Niederschreibung die Zeit zu kurz ist; so wurde hierzu auf morgen früh um 8 Uhr Termin anberaumt, dieses Protokoll aber, da den Lauterbach die weitere Verhandlung nichts angeht, von ihm, nach vorgängiger Vorlesung und Genehmigung unterschrieben.

(Unterschrift).

Nachdem Lauterbach sich entfernt hatte, so wurde mit den übrigen Interessenten wegen des Anlehens an die Wittwe Kraus aus dem Pupillen-Depositorium weiter folgendes verhandelt. Zuvörderst legt der Müller Adam Nagel aus Buckenhof einen Hypotheken-Schein des Patrimon. Gerichts Buckenhof vor, nach welchem seine Mühle einen Werth von 10,000 fl. hat, und derselbe nicht mehr als 2000 fl. darauf hypothekarisch schuldig ist. Derselbe erklärt:

> Wenn meiner Schwester ꝛc. Kraus das großmütterliche Erbgut ihrer Kinder von zwölfhundert Gulden rhein. aus dem Pupillen-Depositorium des K. Landgerichts Erlangen darlehensweise überlassen wird; so verpflichte ich mich, auf den Fall, daß die von derselben dafür bestellte Sicherheit nicht zureichen sollte, für die richtige Rückzahlung Bürgschaft zu leisten, und diese Caution gleich nach den auf meiner Mühle zur ersten Stelle haftenden 2000 fl. in das Hyp. Buch eintragen zu lassen.

Der Vormund Specht läßt sich vernehmen: ich finde durchaus kein Bedenken dabey, der Kraus die 1200 fl. darlehensweise zu überlassen. Da auf der Besitzung der ꝛc. Kraus

2000 fl. Darlehen des Schneider und

1500 fl. väterl. Voraus der Kinder haften, so muß, um die

1200 fl. aus dem Depositorium mit voller pupillarmäßi-

ger Sicherheit der Kraus zu überlassen, nämlich innerhalb der ersten Hälfte, die Hypothek den doppelten Werth der auf

4700 fl. sich belaufenden Gesammtschuld haben, also
4700 fl. hinzugerechnet,

9400 fl. werth seyn. Wenn man nun auch nur den mäßigen Annahmswerth von . . . . . 6000 fl.
gelten läßt (der sich bei der Schätzung gewiß um 2000 fl. erhöhen würde, und durch die, eben mit dem Darlehen der 1200 fl. bezielten Verbesserungen sich noch mehr vermehrt); so kommen doch dazu mit der Caution des Nagel, nimmt man sie auch nur innerhalb der ersten Hälfte des unverpfändeten Werths der Mühle (5000 fl. minus 2000 fl.) für tüchtig an . . . . . 3000 fl.

Summa 9000 fl.

und meine Curanden sind also, zumal unter den erst bemerkten Umständen, die einen bedeutenden Mehrwerth annehmen lassen, hinlänglich gesichert. Ich trage daher darauf an:

der ꝛc. Kraus die 1200 fl. darlehensweise aus dem Depositorium auszuzahlen.

Von Landgerichts- als Obervormundschaftswegen wurde beschlossen, dem Antrage zu willfahren, die Schuld- und Bürgschaftsverschreibung aufzunehmen, und nach erfolgter Ausfertigung und Eintragung auf die Besitzung der Wittwe Kraus und die Mühle des ꝛc. Nagel resp. durch das Patrimon. Gericht Buckenhof mit der Auszahlung der 1200 fl. zu verfahren.

ꝛc. ꝛc.

Lit. L.

Lit. L.

Zu §. 127. Seite 352.

Geschehen Eschenau im Mahlmannischen Gasthofe vor einer Deputation des L. G. E. den . . .

Gegenwärtige

ꝛc. ꝛc.

In der Streitsache des M wider N wegen einer Wasserleitung ist heute auf dem streitigen Platze, an der s. g. Wehrstaude, hiesiger Flur, mit Zuziehung sämmtlicher Interessenten, nämlich

ꝛc. ꝛc.

dann der als Sachverständige hierbei gebrauchten

ꝛc. ꝛc.

ein Augenschein eingenommen worden. Die Resultate desselben sollen nunmehr, nachdem man an Ort und Stelle alles genau notirt hatte, in Gegenwart sämmtlicher oben genannter Personen folgendermassen zum Protokoll aufgenommen werden.

Es hat sich nämlich folgendes gefunden:

1) die Wiese des M ꝛc. ꝛc.

Lit. M.

Zu §. 129. Seite 356.

Von dem königl. bayer. Landgericht Erlangen wird hiermit urkundlich bezeuget: daß der hiesige Gerichtseingesessene und Bauer Johann Jacob Ehrmann zu Uttenreuth für die Kirchenstiftung zu Kalchreuth über ein Darlehen von 3000 fl. folgende Schuld- und Hypothek-Verschreibung zum gerichtlichen Protokoll erklärt hat:

(inseratur im Mundiren das Protokoll vom 14. August curr.)

Nachdem nun die Bezahlung der Valuta und deren Verwendung besage der nachstehenden Verhandlung gehörig erfolgt ist:

(inseratur das Protokoll vom 19. August c.) d)

so wird diese Darlehens- und Hypotheken-Verschreibung hiermit zum Behuf der Eintragung des Darlehens der 3000 fl. auf den Hof N. 3. zu Uttenreuth im Hyp. Buch für die Kirchenstiftung zu Kalchreuth einfach ausgefertigt. Urkundlich unter des Königl. Landgerichts größerem Insiegel und der geordneten Unterschrift. Gegeben Erlangen den 22. August 1820.

(L. S.)

---

d) S. Formular Lit. F.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Puchta, Wolfgang Heinrich,

Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Bd.: 1

Erlangen 1831

J.pract. 242 o-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554575-7